MANUEL

DES

INSTITUTIONS JURIDIQUES

DES ROMAINS

DU MÊME AUTEUR :

Les Institutions juridiques des Romains.

Tome I[er]. **L'Ancien Droit.** 2[e] édition entièrement refondue.

Tome II. **Le Droit classique et le droit du Bas-Empire.** *(Épuisé.)*

(Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, prix Le Dissez de Penanrun.)

Études sur le Droit babylonien *(Sous presse).*

Ce volume a été déposé au ministère de l'intérieur en 1928.

MANUEL

DES

INSTITUTIONS JURIDIQUES DES ROMAINS

PAR

ÉDOUARD CUQ

MEMBRE DE L'INSTITUT

PROFESSEUR HONORAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

SECONDE ÉDITION
revue et complétée

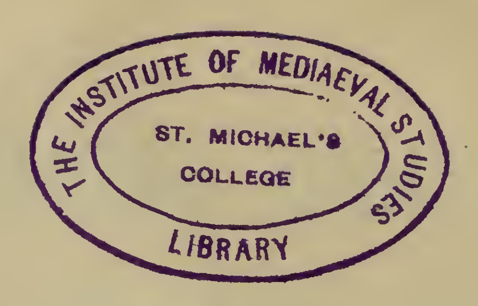


PARIS

LIBRAIRIE PLON
LES PETITS-FILS DE PLON ET NOURRIT
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
8, rue Garancière, 6ᵉ

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS
ADMINISTRATEURS
20, rue Soufflot, 5ᵉ

1928


THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S
COLLEGE
LIBRARY

PRÉFACE

La nouvelle édition de ce Manuel a été révisée et mise au courant des travaux récents sur l'histoire du droit romain. Sans modifier le fond ni le caractère élémentaire de ce livre, il a semblé utile de signaler, au moins sommairement, les documents découverts depuis peu ou les points de vue sous lesquels on envisage aujourd'hui certaines institutions juridiques. On a indiqué en même temps les publications où le lecteur trouvera, s'il le désire, de plus amples renseignements. Ces indications sont réunies dans des notes complémentaires, placées à la fin du volume. On n'a pas hésité d'ailleurs à rectifier dans le texte les passages qui n'ont pas paru d'accord avec l'état actuel de la science.

Les travaux sur l'histoire du droit romain se poursuivent dans une double direction : la critique des textes, l'étude comparative du droit romain et du droit de certains peuples du bassin de la Méditerranée, droit sur lequel on a depuis vingt-cinq ans de nombreux documents (recueils de lois, jugements et contrats de toute sorte), consignés les uns sur des tablettes d'argile, les autres sur des papyrus.

La critique des textes insérés dans les compilations de Justinien a pour but de vérifier si les décisions des jurisconsultes classiques ou des empereurs ont été transmises dans leur teneur originale, ou interpolées pour les adapter au droit en vigueur au VIe siècle de notre ère. L'étude comparative du droit tend à préciser l'origine et la signification de certaines coutumes qui apparaissent chez les Romains à l'époque impériale et qu'on trouve bien auparavant chez les peuples de l'Asie antérieure (Babyloniens, Assyriens ou Hittites), puis en Égypte, après les conquêtes d'Alexandre, au temps des Ptolémées.

Sans entrer dans des détails qui ne seraient pas à leur place dans un Manuel, il a semblé qu'on ne pouvait passer sous silence les travaux en cours, travaux qui pourront éveiller chez certains lecteurs le goût de l'étude historique du droit. Cet élargissement des recherches entreprises « pour mieux connaître le droit romain » paraîtra sans doute inutile aux praticiens dont l'horizon est limité aux lois contemporaines, à la jurisprudence la plus récente. Mais il y a encore des juristes qui attachent quelque importance à l'idée que les plus anciens peuples, tout au moins les plus civilisés d'entre eux, se sont fait du droit, aux principes et aux méthodes qui ont subi l'épreuve des siècles. L'étude historique tend à dégager des lois romaines les conceptions juridiques d'une portée générale. Elle recherche les causes qui leur ont donné naissance, les influences sous lesquelles elles se sont développées, modifiées ou transformées.

A cet égard, la connaissance du droit romain, de son art d'adapter le droit aux exigences de l'état économique et social, présente à l'heure actuelle une utilité particulière. Les nations modernes sentent de plus en plus le besoin de faciliter entre elles leurs rapports d'affaires en établissant des règles communes sur certaines parties du droit. Elles veulent constituer, à l'exemple des Romains, une sorte de *jus gentium*. C'est le but qu'on cherche à réaliser dans les congrès d'unification du droit privé, où se rencontrent des juristes de tous les pays. Ils n'ont chance d'aboutir que s'ils ont un fonds d'idées commun, celui que fournit le droit romain.

Le droit romain est en effet un des éléments essentiels de la civilisation moderne. On y retrouve les idées de justice, d'équité, d'humanité qui, élargies dans leur application et précisées, ont pénétré profondément dans l'âme des peuples et en particulier dans l'âme de la France. C'est à ce titre que le droit romain doit rester le point de départ de l'éducation juridique.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. — Recueils de textes.

1. Œuvres législatives de Justinien : *Corpus Juris civilis*, éd. Denis Godefroy, 1583; Elzévir, 1663; Mommsen, Krüger, Schöll et Kroll (p. 61, 8). — *Digesta Justiniani*, éd. Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja (lib. I-XXVIII), 1908 (inachevé).

2. Codes antérieurs à Justinien : Code Théodosien *(C. Th.)* avec les Novelles de Théodose II et de ses successeurs jusqu'à Anthemius (438-468), éd. Jacques Godefroy (p. 73, 1); éd. Hænel (p. 59, 8); éd. Mommsen et P. Meyer *(cod.)*. Les deux dernières éditions contiennent en outre le Code Grégorien *(C. Grég.)*, le Code Hermogénien *(C. Herm.)* et les constitutions dites de Sirmond (p. 815, 8). — P. Krüger, *Codex Theodosianus*, fasc. I, lib. I-VI (1923), fasc. II, lib. VII-VIII (1926).

3. *Indices*, Palingenésies, Vocabulaires et Lexiques : Gradenwitz, *Index Codicis Theodosiani*, 1923-1925. — Lenel, *Palingenesia juris civilis (Pal.)*, 2 vol. (1889). Zocco-Rosa, *Imp. Justiniani Institutionum Palingenesia*, 2 vol., 1908-1911. — Vassalli, *Justiniani Institutionum Vocabularium*, 1927. — *Vocabularium Codicis Justiniani*, I (pars latina), éd. von Mayr; II (pars græca) éd. San Nicolò, 1925. — *Vocabularium jurisprudentiæ romanæ* en publication depuis 1894. — Dirksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis*, 1837. — Heumann, *Rechtslexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, éd. Seckel, 1914.

4. Droit antéjustinien : *Fontes juris romani antejustiniani*, éd. Riccobono, Baviera, Ferrini, 1909. — Huschke, *Jurisprudentiæ antejustinianæ reliquiæ*, éd. Seckel, Kübler, 1921-1927. — P. Krüger, *Collectio librorum juris antejustiniani*, éd. 1911. — Bruns et Gradenwitz, *Fontes juris Romani antiqui*, éd. 1909. — Girard, *Textes de droit romain*, éd. 1923. — Schulz, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus 1128*, 1926.

5. Inscriptions : *Corpus inscriptionum* (CIL.), en publication depuis 1863; suppléments dans l'*Ephemeris epigraphica*, t. I-IX, 1873-1910. — *Inscriptions latines de l'Algérie*, t. Ier : Inscriptions de la Proconsulaire, éd. St. Gsell, 1922 *(Inscr. Alg.)*. — *Inscriptions latines d'Afrique (Inscr. Afr.)* Supp. à CIL. VIII, éd. Cagnat et Merlin, 1922. — Choix d'inscriptions latines : éd. Orelli-Henzen, 3 vol., 1828-1856; Dessau, 4 vol., 1892-1916.

Corpus inscriptionum Græcarum (CIGr.), 4 vol., 1828-1877. Nouvelle édition en 14 vol., en publication depuis 1873. — Dareste, Haussoullier, Th. Reinach, *Recueil des Inscriptions juridiques grecques (Inscr. jur. gr.)*, 2 vol., 1891-1904. — Cagnat, Lafaye, Toutain, *Inscriptiones Græcæ ad res Romanas pertinentes (I. Gr. ad r. R.)*, t. I, III, IV, 1901-1925. — Dittenberger, *Sylloge inscriptionum Græcarum*, 3e éd., 4 vol., 1924; *Orientis Græci inscriptiones selectæ*, 2 vol., 1905. — Hondius, *Supplementum epigraphicum græcum*, 3 vol., 1923-1927. — Arangio-Ruiz e Olivieri, *Inscriptiones græcæ Siciliæ et infimæ Italiæ ad jus pertinentes*, 1925.

6. Papyrus gréco-égyptiens (principales collections) : P. du Louvre, 1865; de Londres, 5 vol., 1893-1915; de Berlin (en cours de publication depuis 1895) : BGU.; de Vienne (CPR = *Corpus Papyrorum Raineri*, 1895), de Flo-

rence (*Papiri greci e latini*, 9 vol., 1912-1928); d'Oxyrhynchos *(P. Oxy.)*, ed. Grenfell and Hunt, 17 vol. de 1898 à 1927; du Caire, éd. Jean Maspero, 3 vol., 1910-1916. — Choix de papyrus : Wilcken et Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912. — P. Meyer, *Juristische Papyri*, 1920; *Sav. Z.*, XLVI, 304. — Preisigke, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, 2 vol., 1927.

II. — Commentaires et manuels.

Parmi les anciens : Cujas (p. 72, 7), Doneau (p. 72, 8), Pothier (p. 63, 3).

Parmi les modernes : Ortolan, *Histoire de la législation romaine. Explication historique des Instituts de Justinien*, avec Appendices de Bonnier et J.-E. Labbé, 3 vol., éd. 1884. — Accarias, *Précis de droit romain*, 2 vol., éd. 1886-1891. — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd. 1923. — May, *Éléments de droit romain*, éd. 1927. — Petit, *Droit romain*, éd. 1925. — Huvelin, *Cours élémentaire*, t. Ier (1927), inachevé. — Collinet et Giffard, *Précis de droit romain*, 2 vol., 1926-1927. — Perrot, *Précis élémentaire de droit romain*, t. Ier, 1927. — X. Notes de cours. *Les obligations*, 1926.

En Belgique : Cornil, *Droit romain*. Aperçu historique sommaire, *ad usum cupidæ legum juventutis*, 1921.

En Allemagne : Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 1797-1896 (inachevé). — Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 vol. (1840-1849); traduction Guenoux, 7 vol., 1851-1855. — Sohm, éd. Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 1925. — Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, t. I (1908), inachevé. — Jörs, *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 1927.

Aux États-Unis, Max Radin, *Handbook of Roman Law*, 1927.

En Grande-Bretagne : H. J. Roby, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, 2 vol., 1902. — Moyle, *Justinians Institutes*, éd. 1903. — Buckland, *A text book of roman Law from Augustus to Justinian*, 1921. *A Manuel of Roman Law*, 1925.

En Italie : Perozzi, *Instituzioni di diritto romano*, 1908. — Pacchioni, *Corso di diritto romano* (inachevé), 2 vol., 1920. — Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, éd. 1925. *Corso di diritto romano*, t. I et II, 1, 2 (1918-1928). — Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 1927. — V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante, t. I, 1928.

III. — Histoire du droit.

1. Droit romain : Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, suivie de l'histoire de Cujas, 1821. — Ch. Giraud, *Introduction historique* aux Éléments de droit romain, 1835. — Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome*, 2 vol., 1846. — Moritz Voigt, *Das jus naturale, æquum et bonum und das jus gentium der Römer (J. N.)*, 4 vol., 1856-1875; *Die XII Tafeln*, 2 vol., 1883; *Römische Rechtsgeschichte (Rg.)*, 3 vol., 1892-1902. — Von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung* (inachevé), trad. française par de Meulenaere, 4 vol., 1878. — A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 3 vol., 1873-1892. — Muirhead, *Historical Introduction of the private Law of Rom*, 2e éd., 1899 (trad. de la 1re éd. par Bourcart, 1889). — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 vol., 1885-1901 (inachevé). — Édouard Cuq, *L'ancien droit*, 2e éd., 1904. — Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, 1913. — P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, 3e éd., 2 vol., 1923. — J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, 1924. — Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, 1915-1917. *La fusione del jus civile e del jus prætorium in unico ordinamento*, 1924. — E. Costa, *Storia del diritto romano*, 3e éd., 1925. — De Francisci, *Storia del diritto romano*, I (1926). — Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil (*MC.*), 2 vol., 1926.

2. Sources : P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen*

Rechts, trad. par Brissaud, 1894 (2ᵉ éd. allemande, 1912) — Girard, *Mélanges de droit romain*, 2 vol., 1912-1923. — E. Costa. *Storia delle fonti del diritto romano*, 1923.

3. Procédure civile : Bonjean, *Traité des actions*, 1845 — Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen*, trad. Capmas, 1870 — Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, 3 vol., 1864-1866; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 2 vol., 1871-1873 — Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, 1896 (inachevé) — Wlassak, *Römische Processgesetze*, 2 vol., 1888-1894; *Zur Römischen Provinzialprozess* (Ber. Wien Akad.), 1919; *Der Judikationsbefehl des römischen Prozess*, eod., 1921; *Der Klassische Prozessformel*, eod., 1924 — Lenel, *Das Edictum perpetuum (E. P.)*, 3ᵉ éd., 1927 (trad. de la 2ᵉ éd. par Peltier, 2 vol., 1901-1903). — E. Costa, *Profilo storico del Processo civile Romano*, 1918 — Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925. *Prætor und Formel* (Ber. Bayer. Akad.), 1926. — Jobbé-Duval, *La legis actio avec formule à l'époque de Cicéron (MC.)*, 1926.

4. Droit byzantin : Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, 3 vol., 1843-1846 — P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, 2 vol., 1912-1925.

5. Droit des peuples antiques : R. Dareste, *Études d'histoire du droit*, 1889; *Nouvelles études*, 2 vol., 1902-1906 — Sumner Maine, *L'ancien droit* (trad.), 1873; *Études sur les Institutions primitives*, 1880; *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884 — Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 4 vol., 1897 — D'Arbois de Jubainville, *Cours de droit celtique*, 2 vol., 1875. — E. Revillout, *Les obligations en droit égyptien*, 1886. *La propriété, ses démembrements et la possession en droit égyptien*, 1897. — V. Scheil, *Code des lois de Hammourabi*. (Texte avec fac-simile, transcription et traduction) dans les *Mémoires* de la Délégation française en Perse, 1902, t. II, p. 11-131. *La loi de Hammurabi* (traduction), 2ᵉ éd., 1904. — Édouard Cuq, *Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés*, 1918. — V. Scheil, *Recueil des lois assyriennes* (texte assyrien en transcription, avec traduction française et index), 1921 — Frédéric Hrozný, *Code Hittite*, provenant de l'Asie mineure (1ʳᵉ partie, transcription, traduction française, 26 planches), 1922. — Édouard Cuq, *Un recueil de lois Assyriennes*, 1922. *Les lois Hittites*, 1924.

IV. — Livres auxiliaires.

1. Droit public et administratif romain : Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions romaines*, 1886. — Mommsen, *Römisches Staatsrecht* (trad. française), 7 vol. en 8 tomes, 1887-1891. — Marquardt, *Römische Staatsverwaltung* (trad.), 1889-1893 — Willems, *Le droit public romain*, éd. 1910 — Ettore Pais, *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli*, 2 vol., 1913-1915; *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, 4 vol., 1915-1921.

2. Droit pénal : Mommsen, *Römisches Strafrecht* (trad. Duquesne), 3 vol., 1907. — E. Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, 1921.

3. Droit des gens : Coleman Phillipson, *The international Law and Custom of ancient Greece and Rome*, 2 vol., 1911.

4. Épigraphie, papyrologie et numismatique : R. Cagnat, *Cours d'épigraphie latine*, 4ᵉ éd., 1913 — Schubart, *Einführung in die Papyruskunde*, 1918 — E. Babelon, *Traité des monnaies grecques et romaines*, 2 vol., 1901-1916 — Jules Maurice, *Numismatique Constantinienne*, 3 vol., 1908-1912.

5. Chronologie : Soltau, *Die römische Chronologie*, 1889. — Goyau, *Chronologie de l'Empire romain*, 1891.

6. Géographie : Besnier, *Lexique de géographie ancienne*, 1914 — E. Pais, *Italia antica*. Ricerche di storia e di geografia storica, 2 vol., 1922.

7. Dictionnaires et encyclopédies : Daremberg, Saglio, Pottier et Lafaye, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines (Dict. Ant.)*, 9 vol., 1872-1917 — Pauly, *Realencyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*, 2ᵉ éd. par Wissowa *(Pauly's-W.)*, avec supplément (en cours de publication depuis 1892).

V. — Périodiques.

Nouvelle revue historique du droit français et étranger, 1877-1920 *(N. R. H.)*. — Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence depuis 1878 *(Rev. gén.)* — Revue historique de droit français et étranger *(RH.)*, depuis 1921. — Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. *Comptes rendus (CR.)*, depuis 1855 *Mémoires (Mém.)*, t. I-XLII.

Archivio giuridico *(Arch. giur.)*, depuis 1867. — Bullettino dell' Istituto di diritto romano *(Bull. d. R.* ou *BDR.)*, depuis 1888. — Rivista Italiana per le scienze giuridiche *(Riv. Ital.)*, depuis 1886. — R. Accademia nazionale dei Lincei : Rendi conti *(Lincei, RC.)*; Notizie degli Scavi *(Lincei, Not.)*. — R. Accad. delle scienze dell' Istituto di Bologna. Classe di scienze morali.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft *(Z. Rw.)*, 1815-1850. — Zeitschrift für Rechtsgeschichte *(Z. Rg.)*, 1861-1878. — Zeitschrift der Savigny Stiftung (Römische Abteilung) *(Sav. Z., RA.)*, depuis 1880. — Zeitschrift für privat und öffentliches Recht *(Grünhut's Z.)*, depuis 1878. — Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft *(Kr. V.)*, depuis 1856. — Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft *(Z. vgl. Rw.)*, depuis 1878.

Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenes *(TRg.)*, depuis 1921.

Archiv für die Papyrusforschung *(Arch. Pap.)*, depuis 1900. — Ægyptus. Rivista Italiana di Egittologia e di papirologia *(Æg.)*, depuis 1920.

ABRÉVIATIONS

Les principales abréviations sont indiquées entre parenthèses à la suite des ouvrages cités dans la bibliographie générale.

Pour les renvois au *Corpus juris : Inst.* = Institutes; *D.* = Digeste; *C.* = Code; *Nov.* = Novelle. Le nom, qui précède un renvoi au Digeste, est celui du jurisconsulte auteur du fragment; celui qui précède un renvoi au Code est le nom de l'empereur, auteur de la constitution. Les chiffres romains et les chiffres arabes qui accompagnent les renvois désignent : le 1er, le livre; le 2e, le titre; le 3e, la loi. Ce troisième chiffre est souvent suivi des lettres « pr. » ou d'un 4e chiffre qui indique le n° du paragraphe de la loi (p. 62, 2). Par exemple, *Gaius*, *D.*, L, 16, 234, 2, désigne le fragment de Gaius inséré au Digeste, livre 50, titre 16, loi 234, § 2. — Par exception, les trois livres XXX, XXXI, XXXII du Digeste n'étant pas subdivisés en titres, le 1er chiffre arabe indique la loi, le 2e, le paragraphe. — Aux Institutes, la division des titres en lois n'existe pas; les citations comportent donc au plus trois chiffres. *Inst.*, IV, 6, 28, désigne le livre IV, titre 6, § 28. — Les Novelles sont divisées en chapitres et non en titres : le 2e chiffre indique le chapitre; le 3e, s'il y a lieu, le paragraphe.

Lorsque des renvois consécutifs se rapportent au même livre et au même titre, le livre et le titre ne sont indiqués qu'une fois; les renvois suivants portent l'abréviation *eod.* = *eodem loco*, suivi du numéro de la loi. Si le titre est relatif au sujet traité, le premier renvoi contient entre crochets l'indication du livre et du titre, précédée de *h. t.* = *hoc titulo*, par exemple (p. 175, 3), *h. t.*, [*D.*, XXXIII, 3], 1. Les renvois subséquents au même titre portent seulement *h. t.*, suivi du numéro de la loi.

Les renvois aux Institutes de Gaius, aux Sentences de Paul, aux Règles d'Ulpien, sont indiqués par le seul nom de l'auteur du recueil. — *Vat. fr.*, *Collat.*, *Consult.*, désignent respectivement les trois recueils cités p. 65.

Les renvois aux auteurs classiques latins ou grecs sont indiqués suivant l'usage reçu : Liv. = Tite-Live; Cic. = Cicéron; Tac. = Tacite; Ter. = Térence; Gell. = Aulu-Gelle; Dio = Dion-Cassius; Denys = Denys d'Halicarnasse.

Les autres abréviations s'expliquent aisément : *Sc.* = sénatus-consulte; *b. p.* = *bonorum possessio*; *c. d.* = *capitis deminutio*; *l. c.* = *litis contestatio*.

MANUEL

DES

INSTITUTIONS JURIDIQUES

DES ROMAINS

INTRODUCTION

NOTIONS GÉNÉRALES

SUR

LE DROIT ROMAIN

Le droit romain est, dans son acception la plus large, l'ensemble des règles qui ont été observées pendant treize siècles, d'abord dans une petite cité du Latium, puis dans la plus grande partie du monde connu des anciens. Dans un sens plus étroit, le droit romain comprend uniquement les règles contenues dans les divers recueils rédigés, au VIe siècle de notre ère, sur l'ordre de l'empereur byzantin, Justinien. De ces deux acceptions, la seconde a été, depuis le moyen âge et jusqu'au siècle dernier, la plus usuelle. La législation de Justinien était appliquée dans certaines régions de notre ancienne France, dans les pays de droit écrit : on l'étudiait comme une partie intégrante du droit en vigueur. Il n'en est plus de même aujourd'hui : depuis la loi du 30 ventôse an XII, les lois romaines ont cessé d'avoir force de loi dans les matières réglées par le Code civil. L'enseignement du droit romain a pour objet l'*exposé historique de l'ensemble des institutions juridiques des Romains*. C'est une étude d'histoire du droit.

1. Utilité de l'étude du droit romain. — Le droit romain est l'une des sources principales du droit moderne. En cessant d'être en vigueur, la législation romaine n'a pas disparu tout entière : elle a été transformée et adaptée aux besoins actuels de la société. Un grand nombre de ses dispositions ainsi modifiées ont été accueillies dans notre Code civil de 1804 et dans les Codes étrangers promulgués dans la seconde moitié du XIX[e] siècle (1). Pour déterminer le sens ou la portée de ces dispositions, il faut remonter à leur origine, au droit romain (2).

Le droit romain est le point de départ de l'étude scientifique du droit. La jurisprudence romaine a réussi à séparer le droit de la casuistique et à lui donner un caractère scientifique : elle a établi un mode de coordination des règles de droit qui a, de nos jours, conservé toute sa valeur. C'est à elle que l'on doit ces catégories de la pensée juridique qui ont été adoptées par tous les peuples civilisés, par ceux-là même dont la législation s'est formée en dehors de l'influence de Rome. L'étude du droit romain est donc nécessaire pour comprendre la langue commune aux jurisconsultes de tous les pays. C'est la meilleure préparation à l'étude du droit civil comparé et du droit international privé.

L'étude du droit romain nous fait connaître les vicissitudes que le droit subit au cours des siècles, le rôle considérable que peut jouer la jurisprudence pour combler les lacunes de la loi, les moyens qu'elle emploie pour donner satisfaction aux exigences de la pratique. Elle nous fait constater les erreurs que commet le législateur lorsqu'il va à l'encontre des lois économiques, ou lorsqu'il sort de son domaine pour empiéter sur celui de la morale. Elle nous apprend à quelles conditions se réalise le progrès du droit.

Tels sont les trois points de vue sous lesquels l'étude du droit romain présente aujourd'hui encore une utilité pratique : le premier est spécial aux peuples dont la législation s'est inspirée du droit romain ; les deux autres ont un caractère général, une valeur indépendante des origines de la législation. L'utilité de cette étude est si universellement reconnue que les nations les plus étrangères aux traditions romaines, comme l'Angleterre, les États-Unis, le Japon, la Russie, ont introduit dans leurs universités l'enseignement du droit romain.

2. Divisions de l'histoire du droit romain. — L'histoire des institutions juridiques des Romains se divise en trois périodes (3) : la première comprend les six premiers siècles de Rome : c'est la période de l'*ancien*

(1) Code civil d'Italie (1865), de Roumanie (1864), de Portugal (1867), d'Espagne (1889), d'Allemagne (1896).

(2) Cf. *Le Code civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, 1904, p. 10 ; 605. Voir aussi le Code civil fédéral de la Suisse de 1907, entré en vigueur en 1912.

(3) La division autrefois la plus répandue était celle que Gibbon avait proposée. Elle comprend quatre périodes, qui ont respectivement pour terme les Douze Tables, Cicéron, Sévère Alexandre et Justinien. On les caractérisait en les comparant aux âges de la vie humaine : il y avait la période de l'enfance, puis celles de l'adolescence, de l'âge mûr, de la vieillesse.

droit. La seconde ne compte guère que quatre siècles et demi, et se termine avec le règne de Dioclétien : c'est la période du *droit classique*. La troisième est d'environ deux siècles et demi ; elle commence à l'avènement de Constantin et finit à la mort de Justinien (305-565) ; c'est la période du *Bas-Empire*.

Il ne faut pas s'étonner de la longueur de ces périodes. Les transformations du droit s'opèrent avec lenteur : elles ne dépendent pas exclusivement de la loi ni de la jurisprudence : elles doivent être acceptées et consacrées en quelque sorte par l'opinion publique. Le droit change aussi difficilement que la langue. Une révolution dans les idées juridiques rencontre bien des obstacles : la force de l'habitude, le goût de la stabilité, l'aversion instinctive de la masse du peuple pour les innovations. Pour pouvoir constater un changement notable dans la physionomie du droit, il faut envisager une période de plusieurs siècles.

Rien de plus dissemblable, à bien des égards, que l'état du droit et des institutions dans chacune des trois périodes. Dans la première, le droit est grossier et imparfait, rigoureux et formaliste : il rappelle par certaines dispositions le droit des sociétés primitives. Dans la seconde au contraire, le formalisme est en décadence ; l'équité tempère la rigueur du droit. Sous l'influence de la rhétorique et de la philosophie grecques, apparaissent, dès le début du VII[e] siècle, les premiers essais d'élaboration scientifique du droit. Avec les jurisconsultes du I[er] siècle de l'Empire, l'organisation du droit se développe, et sous le règne des Antonins et des Sévères, elle atteint un degré de perfection tel qu'on a pu donner à cette période le nom de *classique*.

Le commencement du VII[e] siècle de Rome étant un moment décisif dans l'histoire du droit romain, on pourrait se demander s'il est utile de remonter à l'époque antérieure. L'étude de l'ancien droit se justifie par une raison d'ordre didactique : la méthode d'enseignement la plus sûre consiste à s'élever des notions les plus simples aux notions les plus complexes ; or, l'ancien droit permet d'envisager isolément les matériaux qui ont servi à la construction du droit classique ; il présente les institutions juridiques dans leur état rudimentaire, alors qu'elles n'ont pas reçu les développements qu'exige une civilisation plus raffinée. En comparant l'état du droit avant et après le VII[e] siècle, on peut se rendre compte de la fécondité que les règles de droit acquièrent lorsque le droit devient une science. Il y a dans ce contraste tout un enseignement.

Au Bas-Empire, le développement scientifique du droit subit un temps d'arrêt. On cherche en vain des jurisconsultes, il n'y a plus que des praticiens. Leurs ouvrages sont de simples compilations ; le plus grand effort dont ils soient capables consiste à faire des répertoires de jurisprudence. Il faut arriver au milieu du V[e] siècle de notre ère pour assister à une renaissance des études juridiques. Mais si la valeur scientifique du droit du Bas-Empire est moindre qu'à l'époque classique, son importance comme fait social est considérable. Pendant cette période, le droit s'est modifié sous la double influence des coutumes

orientales et du christianisme; les empereurs ont cherché à adapter la législation aux besoins et aux croyances de la société nouvelle. C'est le droit romain de cette époque que le moyen âge a connu et cultivé; c'est ce droit dont notre législateur s'est inspiré pour la rédaction du Code civil.

3. Classification des institutions juridiques. — Les Romains ont, de très bonne heure, réparti en trois classes les institutions relatives au droit privé : elles ont trait aux personnes, aux choses, aux actions. Cette classification, qui est celle des Institutes de Justinien, a été empruntée à un jurisconsulte du siècle des Antonins, Gaius (1). Elle se justifie aisément : tout droit suppose un sujet, c'est-à-dire une personne qui est titulaire du droit; un objet, c'est-à-dire une chose à laquelle le droit s'applique; une sanction qui s'exerce au moyen d'une action en justice. Les deux premiers termes de cette classification ont été reproduits par notre Code civil dont le livre Ier est consacré aux personnes, le livre II aux biens (2). Le troisième terme fait l'objet d'un Code spécial, le Code de procédure civile.

Si la classification proposée par Gaius est généralement acceptée, l'ordre suivi dans l'exposé des institutions juridiques est souvent défectueux. Parfois, il s'explique par des raisons historiques qui, au IIe siècle, n'avaient déjà plus de valeur pratique. Si par exemple Gaius traite des modes d'acquérir à titre universel avant de s'occuper des obligations, il faut se garder d'en conclure que les droits réels seuls sont transmissibles aux héritiers. Il y a là sans doute un vestige de l'époque où l'on distinguait les droits de créance et les droits patrimoniaux.

Sans nous astreindre à suivre dans ses détails le plan adopté par Gaius et qui convient à un exposé dogmatique plutôt qu'à un exposé historique, nous examinerons successivement les institutions relatives : 1° aux personnes et à leur capacité juridique; 2° à la famille; 3° à la propriété et aux droits réels sur la chose d'autrui; 4° aux obligations; 5° aux successions à cause de mort; 6° aux actions. Nous ferons précéder cet exposé de notions générales sur le droit romain, ses modes de formation et son application, sur les documents qui s'y rapportent et les travaux dont il a été l'objet depuis Justinien jusqu'à nos jours (3).

(1) Gaius, I, 8; *Inst.*, I, 2, 12. Gaius paraît avoir adopté une division consacrée par l'usage : on en trouve la trace dans l'exposé des *res divinæ* de Varron (Saint Augustin, *De civ. Dei*, VI, 3). Elle remonte à une époque où le commodat, le dépôt et le gage ne figuraient pas parmi les contrats réels, tandis que l'*indebitum* y était compris (Gaius, III, 90-91). Gaius a, sous ce rapport, perfectionné la division traditionnelle dans ses *Res cottidianæ*. Cf. Krueger, 251-254.

(2) Cf. Glasson, *Etudes sur Gaius*, 1885. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktscommentare*, 1910.

(3) Le projet de Code civil Russe a conservé le plan de Gaius, mais le premier livre contient des dispositions générales sur les personnes, les biens, l'extinction et la défense des droits. Cf. Doussan, *Revue trimestrielle de droit civil*, XII, 350.

CHAPITRE PREMIER

Notion et divisions du droit.

I Notion du droit.

Le mot droit a, de nos jours, une double acception. Il désigne : 1° le pouvoir que la loi reconnaît à une personne d'accomplir certains actes. C'est le droit au sens subjectif; 2° un ensemble de règles, établies et sanctionnées par l'autorité civile, en vue de maintenir l'ordre dans l'État. C'est le droit au sens objectif. La première acception se retrouve à Rome : il y a une série de droits reconnus par la loi, tels que la propriété quiritaire, l'usufruit, etc. La détermination des personnes à qui ces pouvoirs sont reconnus rentre dans l'étude de la capacité juridique. La seconde acception n'a pas toujours été admise et n'a jamais été formulée avec netteté.

§ 1er. Époque antique. — A l'origine le droit est en partie confondu avec la religion, en partie coutumier; quelques dispositions ont été consacrées par un vote du peuple. Ces trois sortes de règles sont désignées respectivement par les mots *fas*, *mores*, *jus*.

Les règles suggérées par les dieux (1) aux rois ou aux prêtres *(fas)* concernent le culte et certains rapports de famille; elles ont pour sanction la colère des dieux, parfois une peine religieuse. Elles ont été peu à peu éliminées (2) : le droit a été séparé de la religion (3).

La coutume des ancêtres *(mores majorum)* régit la plupart des rapports de famille, ceux du mari avec sa femme, du père avec ses enfants, du maître avec ses esclaves, du patron avec ses clients ou affranchis. Elle régit même certains rapports formés en vertu d'un acte non solennel, entre personnes de familles différentes. Elle a pour sanction soit une peine religieuse, soit le blâme des censeurs.

Le droit *(jus)* a son fondement, non pas dans la volonté du chef de l'État comme au Bas-Empire, mais dans un contrat conclu entre les chefs des familles qui composent la cité (4). Ils s'engagent réciproquement, sur la proposition du roi ou du consul, à observer certaines règles dans l'intérêt commun. Le droit, à cette époque, n'a qu'une portée limitée : il protège la propriété de la terre et des instruments de travail; il réprime certains torts causés aux personnes ou aux biens. Il

(1) Les Romains font venir *fas* de *fari*, parler par inspiration religieuse. Ennius ap. Prob., ad *Verg. Ecl.*, VI, 31; cf. Serv., *Æn.*, II, 777.

(2) Le *fas* a conservé sa valeur dans le droit international, dans le contrat d'hospitalité (cf. l'inscription gravée sur une tessère de bronze, Cagnat, *An. épigr.*, 1895, n° 151), dans le premier serment prêté par l'esclave qui promet ses services à son maître au moment de son affranchissement. Ulpien (*D.*, XXIV, 1, 3, 1) invoque le *fas* dans un cas où un acte juridiquement valable ne doit pas être maintenu *ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt* : tel est le cas d'une donation entre époux lorsque le mariage est nul pour violation d'un empêchement légal.

(3) Cf. sur la sécularisation du droit, Ed. Cuq, *L'ancien droit*, 2e éd., p. 2.

(4) Cic., *De leg.*, III, 16 : *Populus legem jubet.*

ne s'occupe pas des rapports d'affaires : chez un peuple de cultivateurs les occasions de contracter sont très rares. Par exception le prêt et l'aliénation des biens patrimoniaux ont été réglementés, parce que ces actes peuvent avoir pour résultat, l'un de mettre l'emprunteur insolvable sous la dépendance du prêteur, l'autre de compromettre les droits de la famille.

§ 2. **Époque classique.** — Dès la fin de la République, la notion du droit s'est élargie. Le droit régit les rapports de famille et les rapports d'affaires les plus variés. Il comprend non seulement des règles votées par le peuple ou plus généralement promulguées par l'autorité civile, mais aussi des dispositions introduites par la jurisprudence pour donner satisfaction aux besoins sans cesse renouvelés de la pratique. Un jurisconsulte du IIe siècle, Celsus, définit le droit : *ars boni et æqui* (1). C'est un art dont l'objet est double : consacrer les usages des bons citoyens, maintenir l'équilibre entre leurs droits. Sous ce dernier rapport, le but à atteindre est celui que la loi des Douze Tables avait cherché à réaliser : l'égalité civile (*æquum jus*). Mais en disant que le droit a pour objet de consacrer l'usage des bons citoyens, Celsus assigne au droit une portée qui dépasse le cercle étroit de la loi, sans le confondre avec la morale (2). C'est la jurisprudence qui décide quand il y a lieu de tenir compte de cet usage et propose, seule ou avec le concours du Préteur, les moyens de lui donner un effet juridique. Il y a là un art véritable dont l'exercice exige les qualités particulières qui distinguent le jurisconsulte du casuiste (3).

Désormais le droit est une règle de conduite pour les citoyens dans leurs rapports avec leurs concitoyens ou avec les étrangers et, dans une certaine mesure, avec leurs esclaves; et cette règle est sanctionnée par la puissance publique. Cette notion du droit se rapproche de la notion moderne : elle est moins générale, car elle ne s'applique pas à tous les hommes sans distinction.

L'extension de la notion du droit, quant aux rapports sanctionnés par la puissance publique et aux personnes admises à invoquer sa protection, est la conséquence des changements survenus dans l'état social. La notion primitive ne pouvait convenir qu'à une population de pauvres agriculteurs, habitant une cité dont le territoire n'était guère plus étendu qu'un de nos départements. La conquête de l'Italie et de nombreuses régions situées au delà des mers fit de l'État romain un des plus grands empires du monde. La vie sociale subit une transforma-

(1) *D.*, I, 1, 1 pr. Le mot *bonum* a, dans la langue du droit, une acception différente de celle que lui donnent les philosophes. Il n'est pas question ici du bien en général, ni de la conduite de l'homme vertueux, qui n'agit pas par intérêt (Cic., *De leg.*, I, 18). Il s'agit uniquement de l'usage des honnêtes gens. Cf. les expressions *bonus pater familias* (*D.*, VII, 1, 9, 2), *bonus dominus* (Cato, *R. r.*, 14, 3); *viri boni arbitratus* (*Ibid.*, 145, 3; *D.*, VII, 9, 12). V. p. 442, 1.

(2) Cf. Paul, *D.*, L, 17, 144 : *Non omne quod licet honestum est.* Chez d'autres jurisconsultes, le droit reste en partie confondu avec la religion et la morale. Ulp., *D.*, I, 1, 10, 1 et 2.

(3) C'est l'idée exprimée par Cicéron (ap. Gell., I, 22) lorsqu'il reproche aux juristes de son temps de réduire leur science à des cas particuliers sans les ramener à des principes généraux. Il conseille de faire un exposé systématique du droit civil : *jus civile in artem redigere.*

tion profonde sous l'influence de causes multiples : le développement du commerce et de l'industrie, l'accroissement de la richesse, le séjour à l'étranger d'un grand nombre d'Italiens, fonctionnaires, soldats, commerçants, la résidence à Rome d'une foule de provinciaux libres ou esclaves, l'affaiblissement du sentiment religieux et de la moralité publique.

L'établissement de l'Empire contribua à l'extension de la notion du droit : les empereurs avaient intérêt à admettre la communauté de droit entre les peuples soumis à leur autorité. Dès lors le droit romain devint moins fermé quant aux personnes admises à l'invoquer, plus souple quant aux modes de formation des rapports de droit, plus général quant à ses règles qu'il fallut adapter aux besoins de peuples très différents par la race et la civilisation.

§ 3. **Bas-Empire.** — L'état social et économique fut peu favorable au développement régulier du droit : à la « paix romaine » des premiers siècles succède une période de décomposition sociale. Elle est marquée non seulement par l'affaiblissement du sens moral chez les simples citoyens (1), la partialité ou la rapacité des magistrats (2), mais aussi par une série de faits qui se rattachent au nouveau système de gouvernement et d'administration de l'empire.

Le régime inauguré par Dioclétien et Constantin exigea la création d'une armée de fonctionnaires chargés d'exécuter les ordres du prince dans toute l'étendue de l'empire, l'établissement de nombreux services publics destinés à pourvoir aux besoins des citoyens. Pour subvenir aux frais d'une administration aussi compliquée, il fallut accroître l'impôt dans des proportions inusitées. Une mauvaise répartition en rendit la charge plus lourde, intolérable même pour ceux qui ne jouissaient pas de l'immunité. Le commerce, rendu difficile par la rareté du numéraire, entravé par des taxes de toute sorte, n'est plus rémunérateur; l'industrie, qui subit la concurrence des manufactures impériales, a peine à subsister. L'insécurité des campagnes provoque la dépopulation; les bras manquent pour la culture. Dans certaines régions, les propriétaires, ruinés par les guerres et les invasions, abandonnent leurs terres pour se soustraire au payement de l'impôt (3).

(1) On essaie de prévenir la malhonnêteté des juges, des parties, des avocats, avec l'aide de la religion : on expose les évangiles dans le prétoire, on exige un serment sur des objets consacrés à Dieu (*P. Munich*, 1, 25 et 31 ; 6, 56; *Nov.*, 8 *i. f.*). C'est l'introduction dans la législation romaine d'un usage d'origine orientale, qui existait en Chaldée deux mille ans avant notre ère, que l'on trouve en Egypte au III[e] siècle a. C. (*P. Halle*, 1, col. 7) et qui s'est perpétué dans notre ancienne France. Cf. Ed. Cuq, *Essai sur l'organisation judiciaire en Chaldée*, à l'époque de la première dynastie Babylonienne, 1910, p. 13, 4; 14, 2 ; 15, 1. — A Constantinople, le parjure était si bien dans les mœurs que Zénon exempte de toute peine les personnes convaincues de faux serment dans leur propre cause (*C.*, IV, 20, 13).

(2) Les plaintes contre les magistrats sont incessantes (*Nov. Mart.*, 1 pr. ; *Nov. Just.*, 24, 3; 25, 4 ; 26, 3, 1 ; 69, 1, 1). Le désordre administratif est tel qu'on permet de se défendre par la force contre les brigands et même de les tuer dans l'intérêt public (Honor., *C.*, III, 27, 1); les créanciers, qui ne peuvent se faire payer de leurs débiteurs, usent de représailles contre leurs *vicani* (Zeno, *C.*, XI, 56, 1 ; *Nov.*, 52, 1).

(3) Dans la région si fertile de la Campanie, d'immenses étendues de terres étaient incultes en 395 : le préfet du prétoire Dexter, l'ami de saint Jérôme, obtint d'Honorius la remise des impôts pour ses administrés (*C. Th.*, XI, 28, 2). Souvent

Dans toutes les classes de la société, en présence de la rapacité du fisc, on cherche à fuir sa condition (1). Mais l'Etat ne permet pas qu'on le prive des ressources sur lesquelles il compte : il interdit aux citoyens quels qu'ils soient de changer de condition, et dès lors c'en est fait de la liberté individuelle. Il établit la responsabilité collective des membres de chaque cité : les *curiales* sont chargés du recouvrement de l'impôt et en répondent sur tous leurs biens (2).

L'oppression de la plèbe des villes et surtout des campagnes est un fait dont témoignent de nombreuses constitutions. L'absence de contrôle favorise les abus des fonctionnaires, depuis le préfet du prétoire jusqu'au plus modeste employé des magistrats provinciaux. Les *curiales* eux-mêmes, pour alléger leurs charges, se font les tyrans de leurs concitoyens (3). Les empereurs jugent nécessaire d'instituer un *defensor civitatis* chargé de protéger la plèbe contre les abus dont elle est victime (4). Le résultat ne répondit pas à leur attente : trop souvent le *defensor* mettait peu de zèle à remplir sa mission ou se faisait payer son intervention (5). La plèbe n'eut d'autre ressource que de se placer sous le patronage des Puissants (6). C'étaient pour la plupart de grands propriétaires fonciers qui, par la spoliation, la corruption ou la fraude, avaient amassé des fortunes colossales. Profitant de la faiblesse du pouvoir central, ils affirmaient leur indépendance en entretenant des bandes armées, en refusant l'impôt, en s'attribuant le droit de justice. Vainement les empereurs essayèrent-ils de protéger les faibles contre les exigences des Puissants en modifiant en leur faveur les règles ordinaires du droit (7).

Une législation, faite pour un état de société aussi anormal, ne présenterait pour l'histoire générale du droit qu'un intérêt médiocre, si l'on ne retrouvait dans un certain nombre de ses dispositions l'influence du christianisme. Ces dispositions se distinguent nettement de celles de l'époque antérieure : le droit classique a fait prévaloir l'équité dans les rapports de droit; le christianisme a introduit dans le droit les idées d'humanité et de charité (8). Elles ne pouvaient mieux s'appliquer que

le fisc ordonnait la réunion des terres stériles ou désertes avec des terres cultivées *(adjectio, ἐπιβολή)*. Cf. Monnier, *Etudes de droit byzantin (N. R. H.*, XVI, 125).

(1) Constantin, *C. Th.*, VI, 4, 11.

(2) Cf. Declareuil, *Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'Empire romain*, 1911, p. 356.

(3) Salv., *De gub. Dei*, V, 4 : *Quot curiales... tot tyranni.*

(4) Il ne faut pas le confondre avec celui qui soutient en justice les intérêts d'une cité et qui remplit une charge municipale (Aur. Charis., *D.*, L, 5, 10, 4). On croyait jusqu'ici que le *defensor civitatis*, protecteur de la plèbe, avait été créé en 364 (*C. Th.*, I, 29, 1). *P. Oxy.*, VI, 901, prouve qu'il existait déjà en 336. Peut-être même est-ce un défenseur de cette espèce qui est cité dans *C.*, I, 6, 1, 5 de l'an 319. En 364 le vice-préfet Probus a été chargé d'organiser en Illyrie une institution qui fonctionnait déjà dans d'autres régions. Ed. Cuq, *Comptes rendus Acad. Inscr.*, 1912, p. 379.

(5) Chénon, *Etude historique sur le* defensor civitatis (*N. R. H.*, XIII, 321).

(6) Edouard Cuq, l'*Examinatio per Ægyptum* (*Mél. d'archéol. de l'Ecole française de Rome*, 1893, XIII, 21).

(7) Cf. Monnier, *Etudes de droit byzantin*, 1900, II, 75-120.

(8) Cf. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, 3e éd., 1868; Riccobono, *L'influenza del cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, 1909; *Cristianesimo e diritto privato*, 1911.

dans cette période d'anarchie et de désorganisation sociale; elles n'ont rien perdu de leur valeur dans des États mieux organisés : chez les peuples modernes comme au Bas-Empire, la protection des faibles est l'un des premiers devoirs du législateur. Constantin en eut conscience : il eut la pensée de réformer les mœurs et le droit en s'inspirant des doctrines du christianisme (1). Ses successeurs l'ont, en général, suivi dans cette voie (2), malgré la réaction tentée par Julien l'Apostat (3).

Ce n'est pas à dire que la diffusion des idées chrétiennes ait amené une transformation totale et instantanée du droit : ce serait bien mal connaître l'esprit humain et la résistance qu'opposent à toute réforme sérieuse la force des habitudes ainsi que les intérêts qui peuvent être lésés. L'élément chrétien n'était pas encore assez fort pour renouveler entièrement le droit (4) : il a pénétré surtout dans les règles sur la condition des personnes, sur la famille et les successions. En ces matières, le droit du Bas-Empire a servi, à plusieurs égards, de modèle au droit moderne.

§ 4. **Rapports du droit romain avec le droit des peuples de l'Italie, de la Grèce et de l'Orient.** — 1. Le peuple romain fut à l'origine un mélange de Latins, de Sabins et d'Étrusques. La diversité de races des premiers habitants de Rome est encore reconnaissable dans les institutions religieuses et politiques et dans les coutumes funéraires : elle n'apparaît pas dans le droit. Les relations journalières des Sabins et des Étrusques avec les Romains ont atténué les divergences et préparé la communauté des idées juridiques (5). Il est d'ailleurs vraisemblable qu'entre le droit des peuples du Latium et celui des Romains, il y

(1) Dans son panégyrique prononcé en 321, Nazarius caractérise les débuts de l'œuvre législative de Constantin (c. 38) : *Novæ leges regendis moribus et frangendis vitiis constitutæ. Veterum calumniosæ ambages recisæ captandæ simplicitatis laqueos perdiderunt. Pudor tutus. Munita conjugia.*

(2) D'après Damaskios (*Vita Isidori* dans Photius, *Patrol. Gr.*, CIII, 1276, 1301), il y eut plusieurs tentatives de restauration du paganisme sous Théodose, Anthemius et Zénon. Dans certaines régions, il y eut un courant très puissant de résistance au christianisme, même au VIe siècle. Cf. J. Maspero, *Horapollon et la fin du paganisme Égyptien* (*Bull. Institut français d'archéol. orientale*, 1914, XI, 182).

(3) *C. Th.*, IV, 11, fournit un exemple des changements de législation dus, soit à Julien, soit à l'influence de certains conseillers impériaux hostiles au christianisme. Constantin supprime la triple sommation exigée pour l'application du Sc. Claudien : la femme libre, qui vit avec l'esclave d'autrui, perd de plein droit la liberté; exception est faite pour le cas où l'esclave serait un *actor* ou un *procurator*. Julien abolit cette distinction et rétablit le droit ancien. Quatre ans après, Valens remet en vigueur la règle posée par Constantin. En 398, Arcadius exige de nouveau la triple sommation; mais il est à remarquer que cette loi est adressée au préfet d'Illyrie, Anatolius, ami de Libanius, et qu'Eutrope, le principal conseiller de l'empereur, n'était pas favorable à l'Église (Tillemont, *Hist. des Empereurs*, V, 234, 448; Ed. Cuq, sur *Borghesi*, X, 462).

(4) Sur le maintien du divorce et de l'esclavage, cf. de Broglie, *l'Église et l'Empire romain au IVe siècle*, VI, 490, 495. On a contesté l'influence du christianisme en alléguant le maintien de l'esclavage : mais il ne faut pas oublier qu'au Bas-Empire la condition des hommes libres n'était guère meilleure que celle des esclaves; la grande masse de la population était en servitude de fait ou de droit. L'action du christianisme a consisté à améliorer dans la mesure du possible la situation des faibles et des opprimés, quelle que fût leur condition juridique. Cf. *C. Th.*, IX, 3, 1, de l'an 320 sur le régime applicable aux accusés.

(5) D'après Caton (Serv., *Æn.*, VIII, 638), l'influence des Sabins a été prépondérante. C'étaient des colons venus de Laconie (p. 911).

avait une étroite parenté. Les auteurs anciens en ont eu conscience (1); ils signalent parfois des analogies soit dans la forme des contrats (2), soit dans l'organisation de la puissance paternelle (3). En dehors du Latium, la loi osque de Bantia, en Lucanie, révèle de nombreuses ressemblances entre les institutions de cette région et celles des Romains (4). Ce document est, il est vrai, d'une époque où l'influence de Rome a pu se faire sentir; mais les Osques n'auraient pas facilement accepté des institutions qui leur auraient été étrangères.

2. L'influence de la Grèce sur la civilisation romaine ne saurait être contestée. Elle se manifeste dans l'écriture (5), la langue (6), l'art (7), les monnaies (8), les coutumes funéraires (9). Elle s'est aussi exercée sur le droit. Pour la loi des Douze Tables, elle est attestée par le témoignage unanime des historiens. A l'exemple des Grecs, les Romains ont réformé la législation pour mettre un terme aux discordes résultant de la présence dans une même ville de deux classes de citoyens; ils ont aussi confié à des magistrats investis du pouvoir législatif le soin de rétablir la paix entre les partis. Que les Romains aient ou non envoyé une députation en Grèce ou dans la Grande Grèce, les décemvirs ont eu connaissance du droit grec : plusieurs dispositions sont inspirées par les lois de Solon (10); d'autres rappellent les doctrines de Pythagore (11) et d'Héraclite (12). Mais si les Romains ont emprunté aux Grecs un certain nombre de règles (13), ce serait une erreur de croire que les Douze Tables ne sont que la copie des lois grecques : elles en diffèrent par la forme et par le fond. Conçues en termes brefs, elles pouvaient se graver aisément dans la mémoire; aucun de ces détails minutieux, de ces distinctions qu'on remarque dans les lois grecques, telles que la loi de Gortyne (14). Quant au fond, il y a des différences essentielles dans la structure des institutions, par exemple dans l'organisation de la puissance paternelle.

(1) Anciennement, dit Aulu-Gelle (IV, 3, 1; 4, 1), la *cautio* et l'action *rei uxoriæ* n'existaient ni à Rome ni dans le Latium.

(2) Par exemple, les fiançailles étaient confirmées par des stipulations.

(3) Un Latin pouvait adopter un Romain et réciproquement. Liv., XLI, 8.

(4) On y trouve la *manus injectio*, la notion du dol, celle de la *familia pecuniaque* (*C. I. L.*, I, p. 46, l. 21-23). Une inscription osque de Curia Isiaca mentionne le testament (Swetajeff, *Syll. inscr. oscarum*, 1875, n° 63). Sur un sarcophage étrusque de Corneto est reproduite une scène de la *manus injectio* suivant Helbig (*Bull. Corr. arch.*, 1866, p. 90) ou de *vindicatio in servitutem* suivant Girard (*Org.*, 283).

(5) Kirchoff, *Studien u. Gesch. d. Griech. Alphabets*, 4e éd., 128.

(6) Sur les mots latins d'origine grecque, tels que *pœna*, *calvitur*, cf. Bréal, *J. des Sav.*, 1902, p. 601.

(7) Michaelis, *Springers Hdb. d. Kunstgesch.*, I, 347; cf. Plin., *H. n.*, XXXV, 154, pour le temple de Cérès à Rome.

(8) Babelon, *Traité des monnaies grecques et romaines*, 1901, I, 18.

(9) Edmond Pottier, *Etude sur les lécythes blancs attiques*, 1883, p. 5, 13, 84.

(10) Règles sur la liberté d'association, sur la limitation des frais funéraires, sur la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions ou plantations. Gaius, *D.*, XLVII, 22, 4; X, 1, 13. Cic., *De leg.*, II, 25. Dareste, Haussoullier, Th. Reinach, *Inscr. jur. gr.*, I, 11; II, 188. *P. Halle*, 1, col. IV, V.

(11) Gell., III, 16; Paul, IV, 9, 5; Cic., *Tusc.*, IV, 1; Plin., *H. n.*, XXVIII, 2, 10.

(12) Cic., *De leg.*, II, 23; Strab., XVI, 26, fr. 53.

(13) Cf. Cic., *p. Flac.*, 26, 62, Plin., *Ep.*, VIII, 24, 4.

(14) *Inscr. jurid. grecques*, I, 352-493, J. Kohler, Ziebarth, *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriegchischen Rechte*, 1912.

Aux derniers siècles de la République et sous le Haut-Empire l'influence de la Grèce s'est manifestée de deux manières. Les Romains ont emprunté aux Grecs quelques institutions qu'ils ont adaptées à leurs besoins : la loi Rhodienne sur le jet, le droit de gage du bailleur sur les récoltes du fermier (1). La rhétorique et la philosophie grecques leur ont enseigné une méthode et suggéré des principes qui leur ont permis de donner au droit un caractère scientifique.

3. Au cours du IIIe siècle, le droit romain a été envahi par des éléments provinciaux qui, au lieu de se fondre avec les éléments purement romains comme au début de la période classique, coexistent avec eux et forment un ensemble hétérogène. Ce contraste s'accentue à partir du IVe siècle. Depuis Constantin, le droit romain a été sensiblement modifié sous l'influence des institutions et des coutumes de l'Orient hellénisé (2). Justinien s'en est largement inspiré dans les constitutions insérées au Code, dans ses Novelles (3). Pourtant le droit du Bas-Empire a été de tout temps considéré comme une partie intégrante du droit romain, bien qu'il ne reflète pas les mœurs de Rome et de l'Italie. Par opposition au droit des barbares, le droit observé dans l'Empire a été désigné par les contemporains sous le nom de *jus Romanum* ou de *leges Romanæ* (4). On l'a considéré comme le développement et la résultante de la législation des Romains, de même qu'on a fait de l'empire d'Orient la continuation de l'empire romain. A vrai dire, le droit de cette époque s'est développé ou modifié sous l'influence de coutumes étrangères à Rome et à l'Italie. Le droit classique a fait place à un droit nouveau plus large à certains égards par l'esprit qui l'anime, mais dont les règles n'ont plus ni le caractere mesuré ni la belle ordonnance du droit classique. Il n'est pas rare de trouver sur une même matière des dispositions qui s'entre-croisent et se contredisent (5). Certaines coutumes locales de l'Orient hellénisé ont résisté victorieusement à l'unification du droit (6).

II. Divisions du droit.

§ 1er. **Droit public et droit privé.** — La division la plus générale est celle du droit public et du droit privé. Les règles du droit public ont trait à la constitution de l'État; elles sont édictées dans l'intérêt commun des citoyens. Les règles du droit privé concernent uniquement les

(1) Table d'Héraclée, r°. l. 112 (*Inscr. gr. Sic. et Ital*, 645).

(2) Cf Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, 1912. Le dogme de l'évolution lente et graduelle du droit romain depuis ses origines jusqu'à Justinien a été ébranlé par les résultats de la recherche des interpolations du Digeste et par la publication des papyrus grecs de l'Égypte. Cf Bonfante, *Storia*, II, 126 V. cep. Riccobono, *M. C.*, II, 237.

(3) *Nov.*, 89, c. 15 pr., en fournit un exemple. En réponse a une demande des prêtres, gouverneurs et notables des provinces de Phénicie et de Syrie, tendant à régler la situation des enfants nés de certaines unions illicites d'apres la loi romaine, mais permises d'apres la coutume provinciale, Constantin, s'inspirant d'un rescrit de Dioclétien (*Collat.*, VI, 4), refusa de les traiter comme des enfants naturels ; Justinien a abrogé la loi de Constantin

(4) *C. Greg.*, V, 2, 1 ; *C. Th.*, XVI, 5, 7 ; *C.*, V, 23, 1 ; *Nov.*, 7, 154, c. 1.

(5) Cf. p. 9, 3. L'histoire du régime dotal montre également les fluctuations de la législation inspirée tantôt par le droit grec, tantôt par les idées chrétiennes.

(6) P. 198, 9. Cf. Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'apokeryxis*, 1913, p. 10.

intérêts des particuliers (1). Les institutions du droit public sont ordinairement désignées sous le nom d'institutions politiques. Celles du droit privé, qu'on appelle institutions juridiques, forment l'objet principal de l'étude du droit romain.

Le droit public et le droit privé ont entre eux des rapports qui ont été très étroits dans la Rome antique : l'exercice des droits garantis par l'État était subordonné à la jouissance des droits politiques. La distinction du droit public et du droit privé s'est accentuée peu à peu et s'est précisée : c'est une des idées les plus fécondes que l'on doit aux Romains. Mais, même à l'époque impériale, le droit public et le droit privé ont des points de contact : l'organisation des pouvoirs législatif et judiciaire, les règles sur la compétence des tribunaux et sur la procédure extraordinaire sont du ressort du droit public.

Les règles du droit privé se divisent, d'après leur origine, en droit civil, droit honoraire, droit naturel et droit des gens.

§ 2. **Droit civil et droit honoraire.** — Anciennement l'expression *jus civile* désignait le droit établi par la jurisprudence (2). A l'époque classique, le droit civil est le droit qui résulte de la loi ou de l'interprétation des jurisconsultes. On l'oppose au droit honoraire qui dérive de l'édit des magistrats. — Dans une autre acception, le droit civil est le droit que les citoyens romains ont seuls la faculté d'invoquer, par opposition au droit des gens qui est accessible aux pérégrins (3).

§ 3. **Droit naturel.** — La notion du *jus naturale* apparaît à la fin de la République. Sous l'influence de la philosophie grecque et en particulier des doctrines stoïciennes, Cicéron affirme que le droit n'est pas tout entier une création du législateur ni un produit de la coutume. En face de la loi, expression de la volonté arbitraire du peuple, en face de la coutume, manifestation des besoins de la vie civile, il place la loi naturelle qui règle d'une manière uniforme, chez tous les peuples et dans tous les temps, certains rapports entre les hommes ou entre les hommes et les choses (4). Cette loi doit avoir une valeur égale sinon supérieure à celle de la loi civile; elle doit être traitée comme une source du droit (5). Mais elle n'a pas par elle-même force obligatoire (6); c'est plutôt une conception philosophique qui doit être le fondement de la législation positive (7).

(1) Ulp., *D.*, I, 1, 1, 2.

(2) Cette notion antique du *jus civile*, que j'ai précisée dans l'article JUS (*Dict. Antiq.*, III, 735), a été reprise et développée par EHRLICH. *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1902; mais il pense qu'elle a subsisté jusqu'au IIIe siècle de notre ère, ce qui paraît excessif. Au IIe siècle, l'expression *jus civile* a une acception générale et s'applique à toutes les sources du droit civil (POMP., *D.*, I, 2, 2, 5; cf. PAP., *D.*, I, 1, 7). Il en était, semble-t-il, de même au temps de Cicéron (*Top.*, 5; *p. Cæc.*, 12, 34).

(3) GAIUS, I, 1.

(4) La distinction de la loi naturelle et de la loi civile est exprimée par ALF., *D.*, XLVIII, 22, 3; LAB., ap. ULP., *D.*, XLVII, 4, 1, 1, QUINT., XII, 10, 26; GELL., VI, 3, 45; GAI., III, 194.

(5) PAUL, *D.*, XLVIII, 20, 7 pr.

(6) CIC., *Or. part.*, 37; *De leg.*, II, 4, 8-9; I, 4, 5; *De off.*, III, 17; DEMOSTH., *Chrysip.*, ap. MARC., *D.*, I, 3, 2.

(7) R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel* (*Rev. trim. de droit civil*, 1902,

Les classiques invoquent le droit naturel dans deux cas : 1° Pour justifier l'idée d'un droit commun à tous les hommes (1). Ils en ont déduit plusieurs conséquences : la parenté naturelle et ses effets en matière de succession et d'empêchement à mariage; la faculté pour l'esclave administrateur d'un pécule d'avoir une sorte de patrimoine, d'être créancier ou débiteur de son maître. 2° Pour motiver une décision conforme aux besoins de la pratique, lorsqu'ils ne trouvent pas de raison juridique (2). Cette application du droit naturel a été écartée dans la plupart des cas : les progrès accomplis par la science du droit ont fait découvrir la raison juridique des règles établies par une sorte d'instinct (3).

C'est dans un sens tout différent que certains textes emploient le mot *natura* et l'appliquent aux hommes (4), aux choses (5), aux contrats (6), aux actions (7). Le mot *natura* désigne ici l'état normal des hommes au point de vue physique ou intellectuel; des choses d'après leur constitution physique; des contrats ou des actions d'après les effets qu'ils produisent. Cet état une fois déterminé fournit un critérium pour résoudre certaines questions.

Les jurisconsultes byzantins, sous l'influence de la philosophie Plotinienne, ont déduit de nouvelles conséquences de la *natura* ainsi entendue, par exemple la notion des actions générales, la faculté d'étendre par un pacte la portée de certains contrats (8).

§ 4. ***Jus gentium.*** — Dans son acception la plus usuelle (9), le droit des gens est l'ensemble des règles du droit romain qui peuvent être invoquées par les pérégrins, même par ceux qui n'appartiennent pas à une

p. 94); Max Salomon, *Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten* (*Sav. Z.*, XXXII, 129); Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, 1910.

(1) Ulp., *D.*, I, 1, 4. Mais Ulpien va trop loin (§ 3) lorsqu'il présente le droit naturel comme un droit commun aux hommes et aux animaux. Il reconnait ailleurs qu'un être privé de raison, un animal, ne peut agir contrairement au droit *D.*, IX, 1, 1, 3. Cf. Herm., *D.*, I, 5, 2.

(2) Les Sabiniens se fondent sur la *naturalis ratio* pour attribuer la *nova species* au propriétaire de la matière : Gai., D., XLI, 1, 7, 7. Cf. p. 256.

(3) Proc. ap. Gai., II, 79.

(4) La *natura hominum* est invoquée pour établir la présomption de survie (Jav., *D.*, XXXIV, 5, 22; Gai., *eod.*, 23), pour l'interprétation d'un legs (Marc., *D.*, XXXII, 65, 3).

(5) La *natura rei* est invoquée en matière de legs (Paul., *D.*, XXXII, 78, 4), d'*usucapio libertatis* (Q. Muc. ap. Pomp., *D.*, VIII, 2, 7; Alf. ap. Paul., *D.*, XXXIX, 3, 2, 5), d'action *de pauperie* (Ulp., *D.*, IX, 1, 1, 7); cf. Gai., *D.*, XLI, 1, 5, 2 à 6.

(6) La *natura negotii* se détermine d'après l'ensemble des droits et des obligations qui découlent légalement d'un acte juridique. Toute clause contraire à la nature de l'acte est nulle : Q. Muc. ap. Gai., III, 149; Jav., *D.*, XXI, 2, 60; Jul. ap. Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 18; Pap., *D.*, XVI, 3, 24; cf. Venul., *D.*, XLV, 1, 139.

(7) La *natura actionis* varie suivant les conséquences qu'elle entraîne (doublement en cas d'*infitiatio* : Jul. ap. Ulp., *D.*, V, 3, 20, 4) et suivant les pouvoirs qu'elle confère au juge (Ulp., *D.*, XI, 7, 14, 3). Cf. sur le sens attribué par les Byzantins à la *natura actionis* et sur les interpolations qui en ont été la conséquence, Longo, *Studi per Scialoja*, I, 607; Collinet, *La* natura actionis *dans l'œuvre de Justinien*, 1909.

(8) Cf. sur la *natura contractus*, Rotondi, *Bull. d. R.*, XXIV, 5. Collinet, *Études*, I, 199-209.

(9) En droit public, le *jus gentium* désigne les règles applicables aux rapports entre les nations. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui le droit des gens ou droit international public. Cf. Ed. Cuq, v° jus, *Dict. Antiq.*, III, 734.

cité (1). Pour faciliter les relations commerciales avec l'étranger, les Romains ont admis de bonne heure (2), en matière de contrats, des règles communes aux citoyens et aux pérégrins (3). Cette conception a été largement développée sous l'Empire (4). Les pérégrins peuvent acquérir la possession, devenir propriétaires par tradition ou par occupation (5), ester en justice en personne ou par un représentant (6). Leur situation est satisfaisante quant aux droits du patrimoine. Pour les droits de famille et de succession, il n'y avait pas même raison d'admettre la communauté du droit; cependant on l'a appliquée dans une certaine mesure au mariage, et la pratique a imaginé divers expédients pour permettre à un Romain de gratifier un pérégrin à cause de mort (*mortis causa capio*, fidéicommis).

La distinction du droit civil et du droit des gens a perdu une partie de son intérêt à mesure que les empereurs ont accordé plus libéralement le droit de cité romaine aux pérégrins (7), et surtout depuis l'édit de Caracalla de l'an 212. Dans cet édit, dont un papyrus a conservé un fragment mutilé (8), Caracalla déclare qu'il veut remercier les dieux de lui avoir donné la victoire (9). Il fut déterminé surtout, d'après Dion Cassius, par une raison fiscale : il voulut accroître le produit de l'impôt sur les successions qui ne frappait que les citoyens romains

(1) Ulp., *D.*, I, 1, 1, 4. Aux Ier et IIe siècles de notre ère, il y avait bon nombre de régions où l'organisation municipale faisait défaut. Depuis le début du IIIe siècle les empereurs favorisent l'extension du régime des cités, qui avait pour l'État un double avantage : substituer les *curiales* aux fonctionnaires impériaux pour le recouvrement des impôts; transformer en une charge municipale l'obligation qu'on avait imposée aux propriétaires fonciers de cultiver les terres de l'État situées dans leur voisinage. En Égypte, les femmes et les Alexandrins, qui étaient exempts de cette obligation, perdirent leur privilège. Dès l'an 202, Septime Sévère rétablit à Alexandrie le régime municipal qui y avait été supprimé par Auguste; ce fut l'application d'une mesure générale édictée pour les métropoles des districts égyptiens. L'institution des sénats municipaux en Égypte au IIIe siècle est connue depuis longtemps, mais on la rattachait à une cause inexacte : on supposait qu'elle était une conséquence de l'édit de Caracalla. Les papyrus prouvent que l'innovation est de dix ans antérieure à cet édit.

(2) Sur la condition des étrangers à Rome, voir p. 92. Sur la distinction du *jus gentium* et du droit qui régit les étrangers, cf. Lenel, *Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtwissenschaft*, 1913, I, 330.

(3) Marc., *D.*, XLVIII, 19, 17, 1; 22, 15. Certains jurisconsultes en ont conclu qu'il existe un droit commun à tous les peuples, par opposition au droit civil qui est propre à chaque cité. C'est une nouvelle acception du *jus gentium* qui se rapproche de celle du droit naturel (Gai., I, 1); elle n'a pas d'intérêt pratique.

(4) Appartiennent au *jus gentium* les contrats réels, consensuels et innommés, la stipulation (sauf la *sponsio*), les obligations résultant d'un enrichissement sans cause, la gestion d'affaires, l'acceptilation (p. 536, 3. *D.*, XII, 6, 47; XLVI, 4, 8, 4).

(5) Gaius, II, 65-79; *D.*, XXII, 1, 28. Les pérégrins, qui ne pouvaient acquérir l'usufruit par un mode civil (*Vat. fr.*, 47), purent devenir usufruitiers, lorsqu'on admit la quasi-tradition des servitudes.

(6) *Vat. fr.*, 319.

(7) Auguste fut peu favorable à la diffusion du droit de cité (Suet., *Aug.*, 40), mais Claude et Marc-Aurèle voulaient le concéder à tous les étrangers (Sen., *Apokol.*, 3; Anton., *Comment.*, I, 14). Les concessions individuelles ont été fréquentes; des cités entières furent élevées au rang de colonies de citoyens : Ulp., *D.*, L, 15, 1, §§ 2, 4, 9; Paul, *eod.*, 8, 5-7.

(8) *P. Giessen*, I, 40; Mitteis, *Chrest.*, 377. Cf. Wilcken, *Grundz.*, 55. M.-J. Bry, *L'édit de Caracalla de 212*, 1912.

(9) Cf. la restitution proposée par Schubart, *P. Giessen*, I, 164.

(p. 703, 5). Bien que l'édit fût, d'après les auteurs anciens (1), conçu en termes généraux, il ne visait pas sans doute tous les pérégrins présents et à venir (2), car il y en avait encore sous Philippe (3), Dioclétien et Constantin (4). Un passage du papyrus précité a donné à penser que les pérégrins déditices furent exclus du bénéfice de l'Édit (p. 911); mais comme ces pérégrins formaient la majeure partie de la population provinciale, l'Édit aurait été sans grande portée pratique. En tout cas, au début du règne de Justinien, il semble bien qu'il n'y a plus d'autres déditices que des affranchis. Cette classe de personnes fut supprimée en 530 (5).

CHAPITRE II

Modes de formation du droit.

Les modes de formation du droit ont varié suivant les époques. Sous la République, ce sont : la coutume, la loi, le plébiscite, les édits des magistrats. Sous le Haut-Empire, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les réponses des prudents. Au Bas-Empire, il ne reste plus que les constitutions des empereurs, les édits des magistrats et la coutume. Cette multiplicité des organes du pouvoir législatif est un trait particulier au droit romain.

I. La coutume.

La coutume est le mode primitif de formation du droit. Elle consiste dans l'usage longtemps répété d'une règle appliquée à un cas déterminé. A l'époque antique, la coutume se rattache aux croyances religieuses (6) : elle a pour fondement la volonté présumée des dieux et pour sanction des peines religieuses. Sous la République, il y a des institutions comme la famille et le mariage qui sont régies par des coutumes remontant à l'origine de la cité ou à une époque antérieure.

(1) Dio, LXXVII, 9, 4; *Vita Severi*, 1; Augustin, *De civ. Dei*, V, 17; Ulp., *D.*, I, 5, 17; *Nov.*, LXXVIII, c. 5.
(2) Les diplômes militaires prouvent que la distinction des citoyens romains et des non-citoyens n'a pas disparu après Caracalla.
(3) Acad. Inscr., *C. R.*, 1924, p. 77.
(4) Un rescrit de Dioclétien parle de ceux qui sont *sub dicione Romani nominis* (*C.*, V, 5, 2). Un autre rescrit interdit l'adoption à titre de frère, même *apud peregrinos* (p. 94, 1). Cf. pour l'époque de Constantin, p. 93, 5.
(5) *C.*, VI, 5, 1; cf. VII, 6, 1.
(6) Fest., v° *Mos*.

Sous le Haut-Empire, on assigne à la coutume un fondement nouveau : le consentement tacite du peuple (1); elle a une valeur égale à celle de la loi. Dans un état aussi étendu que l'Empire romain, il devait être difficile de constater l'adhésion tacite de la masse des citoyens : les coutumes générales sont peu nombreuses (2); la plupart des coutumes sont locales, propres à une province (3) ou à une cité (4).

Il en est de même au Bas-Empire; l'effet des coutumes générales est plutôt négatif : il consiste à consacrer l'abandon de règles ou d'institutions qui avaient leur fondement dans des rapports ou dans des usages particuliers aux Romains. La coutume ne peut jamais prévaloir contre la loi (5).

II. La loi et le plébiscite.

§ 1[er]. La loi. — La loi est une décision prise par le peuple assemblé dans ses comices, sur la proposition du roi, plus tard d'un consul ou, à défaut, d'un Préteur. Le droit qui en résulte est un droit promulgué *(jus scriptum)*, par opposition à celui qui dérive de la coutume *(jus non scriptum)* (6).

Il y a trois sortes de comices, que l'on distingue suivant les groupes qui exercent le droit de vote : curies (7), centuries (8), tribus (9). C'est là un trait particulier aux assemblées du peuple romain : la déci-

(1) Jul., *D.*, I, 3, 32, 1 ; Paul., *eod.*, 36; Herm., 35. Cette conception de la coutume apparaît à une époque où le peuple a cessé d'être convoqué dans les comices. Il semble que Julien ait voulu montrer qu'il conservait en fait la faculté de participer à la formation du droit. Cf. Savigny, I, 18; 34; Pernice, *Sav. Z.*, XX, 156; XXII, 59; Gény, *Méthode*, 276; C. Sanchez Peguero, *Revista Universidad*, Salamanca, 1928.

(2) Exemples : hypothèque tacite du bailleur d'un fonds rural sur les fruits perçus par le fermier; quarte légitime; bénéfice de cession d'actions.

(3) Gai., *D.*, XXI, 2, 6; Ulp., *D.*, I, 3, 34; XXVI, 7, 7, 10; Papir., *D.*, XVIII, 1, 71.

(4) Cels., *D.*, XXXIII, 10, 7, 1; Jul., *D.*, I, 4, 32 pr.; Ner., *D.*, XX, 2, 4 : hypothèque tacite du bailleur d'une maison sur les meubles du locataire. Justinien a étendu à toutes les provinces cette coutume appliquée d'abord à Rome, puis à Constantinople : *C.*, VIII, 14, 7.

(5) Constantin, *C.*, VIII, 52, 2. Cf. Scialoja, *Arch. giur.*, XXIV, 420.

(6) En général les textes distinguent *jus* et *lex*, bien que le *jus* comprenne la *lex* : l'un est le genre, l'autre l'espèce. Au dernier siècle de la République on rapproche parfois ces deux mots dans les actes législatifs; on dit par exemple : *jure lege* (loi sur la Gaule Cisalpine, c. 21, l. 14 ; cf. la formule d'adrogation dans Gell., V, 19, 9); *optima lege optimo jure* (loi de Genetiva Julia, c. 66, l. 36) ; τῷ καλλίστῳ δικαίῳ καλλίστῳ τε νόμῳ dans la traduction grecque du Sc. d'Aphrodisias en Carie (Dittenberger, *Syll. Or.*, 455), c'est un pléonasme dont on rencontre des exemples dans les lois de cette époque où l'on multipliait les précautions pour prévenir la chicane. On voulait ici écarter toute difficulté, pour le cas où l'on aurait indiqué inexactement la source du droit.

(7) La curie est la plus ancienne division du peuple; elle est analogue à ce qu'on appelait au moyen âge une paroisse. Les curies étaient au nombre de 30. La plèbe fut pendant longtemps exclue des comices curiates.

(8) Assemblée militaire qui se tient hors de la ville, au Champ de Mars, sous la présidence du magistrat chef de l'armée. Les citoyens y sont répartis par classes et par compagnies ou centuries, les unes de *juniores* (17 à 46 ans), les autres de *seniores* (46 à 60 ans). Dans la centurie le plébéien est l'égal du patricien de même classe que lui. Les comices centuriates n'ont d'ailleurs rien de démocratique : la prépondérance est assurée aux riches. Il y eut d'abord 193 centuries, puis, au VI[e] siècle, 373.

(9) Pour les affaires de moindre importance, on prit de bonne heure l'habitude de convoquer le peuple par quartiers ou tribus plutôt que par centuries. Les citoyens n'étaient plus obligés à sortir de la ville : l'assemblée se tenait au forum. Dans ces comices, riches et pauvres étaient confondus.

sion appartient aux groupes et non aux individus. La volonté des individus n'est prise en considération que dans l'intérieur du groupe dont ils font partie. Le suffrage n'est pas universel et direct comme de nos jours : il est collectif. Chaque groupe ne dispose que d'une voix ; l'opinion de chaque individu a d'autant moins de valeur que le groupe compte un plus grand nombre de membres.

Les projets de loi, soumis aux comices centuriates, étaient en général préparés par les consuls. Au début du IVᵉ siècle de Rome, à la suite des réclamations des plébéiens et en vertu d'un accord entre les tribuns de la plèbe et le sénat, les centuries nommèrent à deux reprises, en 303 et 304, une commission de dix membres investis du pouvoir consulaire et chargés de rédiger une série de lois destinées à rétablir l'ordre dans la cité. Ces lois, votées par les comices centuriates en 303 et 305, furent inscrites sur douze tables de bois de chêne et affichées sur le forum. De là le nom de cette loi célèbre qui, d'après Tite-Live (III, 34), est la source de tout droit public et privé. La *loi des Douze Tables* eut un triple objet : établir l'égalité de droit entre patriciens et plébéiens ; assurer la protection de la loi aux plus humbles citoyens, limiter le pouvoir arbitraire des magistrats. Les Décemvirs ne se sont pas occupés de l'ensemble du droit public et privé : ils ont envisagé seulement les rapports qu'il était utile de régler pour maintenir l'ordre dans la cité ; les autres sont demeurés soumis à la coutume. Ils se sont également abstenus de reviser les règles du droit sacré ; ils en ont même reproduit quelques-unes dont l'observation leur a paru présenter un intérêt social (1).

§ 2. **Le plébiscite.** — C'est une décision prise par un concile de la plèbe sur la proposition des tribuns. Les plébiscites ne furent d'abord obligatoires que pour les plébéiens. Mais d'assez bonne heure on leur a attribué force de loi lorsque avant d'en saisir la plèbe les tribuns les avaient fait approuver par le sénat. Après la troisième sécession sur le Janicule, la loi Hortensia donna aux plébiscites en général force de loi (2). Dès lors, le mot *lex* fut employé pour désigner les plébiscites. On conserva d'ailleurs l'usage de soumettre au Sénat les projets de plébiscites et on l'étendit aux projets de lois centuriates (3). L'assimilation du plébiscite à la loi était d'autant plus justifiée que les patriciens votaient avec les plébéiens dans les conciles par tribus, de même que les plébéiens votaient aux comices par tribus. La décision prise dans ces assemblées exprimait la volonté du peuple tout entier.

Les lois consulaires sont très souvent désignées par deux adjectifs formés avec les noms des consuls en exercice (4). Le premier est celui

(1) Cf. sur la rédaction des Douze Tables, Ed. Cuq, *Ancien droit*, 28-36 ; Lenel, *Holtzendorff's Enzyklop.*, I, 1, 324. L'authenticité des Douze Tables, contestée autrefois par E. Pais et par E. Lambert, est aujourd'hui reconnue par E. Pais, *Studi storici per l'antichità classica*, II, 3. Cf. Zocco-Rosa, *Annuario dell' Istituto di Catania*, XII, 586 ; Kooiman, *Fragmenta juris Quiritium*, 1913.

(2) Costa, *La lex Hortensia de plebiscitis*, 1912.

(3) Cf. sur l'*auctoritas patrum*, Ed. Cuq, *Ancien droit*, 23.

(4) Sous l'Empire, on désigne parfois les lois par le surnom de leur auteur mis au génitif *(lex Augusti, Vespasiani)*, ou en lui donnant la forme d'un adjectif *(lex Sullana, Augustiana)* Hygin., 201, 7 ; 261, 22 ; 233, 10 ; 237, 5.

du consul qui a présidé les comices : *lex Ælia Sentia* (1). Les plébiscites n'ont habituellement qu'un seul nom (2), lors même que le projet émane du collège des tribuns. Cette abréviation est également usitée pour les lois consulaires : loi Papia au lieu de Papia Poppæa.

§ 3. **Réglementation du pouvoir législatif du peuple.** — On a prétendu que le peuple était souverain à l'époque de la République (3); mais son pouvoir fut longtemps soumis à des restrictions. Il n'avait pas le droit d'initiative : il ne pouvait ni s'assembler ni voter sans une invitation formelle du magistrat, qui prenait l'avis du Sénat. Les tribuns, il est vrai, qui étaient les organes de ses intérêts ou de ses passions, acquirent le droit de présider les comices où l'on votait les plébiscites. Mais il fallait l'accord de tous les membres du collège : l'opposition d'un seul suffisait pour empêcher la présentation du projet de loi. D'autre part, dans les comices par tribus, les citoyens n'étaient pas égaux quant au droit de vote : la valeur de leur suffrage dépendait du nombre des membres de leur tribu. Les quatre tribus urbaines étaient sous ce rapport moins favorisées que les 31 tribus rurales.

Aux derniers siècles de la République, les lois sont en général des plébiscites. Les tribuns ont l'initiative de la plupart des innovations. Elles ont trait aux rapports des débiteurs avec leurs créanciers (lois Apuleia, Furia, Publilia, Cicereia, Vallia), des clients avec leurs patrons (loi Cincia). D'autres tendent à réprimer certains dommages causés à la propriété (loi Aquilia), à prévenir les actes de violence (loi Plautia, Julia *de vi)*, ou à protéger les impubères (loi Atilia), les mineurs (loi Plaetoria), les absents (loi Hostilia), les héritiers (loi Furia, Voconia, Falcidia).

Au cours du VIIe siècle de Rome, on prit des mesures pour prévenir certains abus : 1° il est interdit de réunir, dans un même projet de loi, des questions qui n'ont pas de rapport entre elles (4). On ne veut pas que les citoyens soient forcés d'accepter une disposition qui leur déplaît pour faire passer celle qui leur agrée; mais cette défense n'a guère été observée (5); 2° tout projet de loi doit être annoncé au public verbalement *(per præconem)*, puis affiché. C'est une garantie contre les changements introduits après coup dans le texte. En 692, la loi ordonna de déposer au trésor une copie *ne varietur* (6).

Au début de l'Empire, le peuple a conservé le pouvoir législatif. Il y a encore des comices centuriates (7), mais ils ne pouvaient guère se maintenir à une époque où le recensement de l'armée ne se faisait

(1) Lorsque les deux adjectifs sont réunis par la conjonction *et*, cela désigne en général deux lois différentes ayant le même objet. Cicéron suit un usage contraire. Cf. Baiter, *Onom. Tull.*, p. 145, 149, 198, 210.

(2) Les lois prétoriennes n'ont aussi qu'un nom, telle la loi Papiria de 422.

(3) Les esprits éclairés n'étaient pas favorables au principe de la souveraineté populaire. Cicéron (*De leg.*, I, 16; III, 1) le qualifie irrévérencieusement : *stultorum sententiæ*.

(4) *Lex satura*. Fest., *h. v°*; cf. loi Cæcilia Didia de 656 : Cic., *p. domo*, 20.

(5) Cf. loi Julia *de maritandis ordinibus*.

(6) Fest., v° *Promulgari*.

(7) Pour permettre aux citoyens qui ne résidaient pas à Rome d'exercer le droit de vote, Auguste autorisa les décurions des colonies à voter par correspondance. Suet., *Aug.*, 46.

plus par classes, ou les opérations du cens n'avaient plus lieu régulièrement (1). Les comices par tribus et les conciles de la plèbe ont pareillement subsisté : aux premiers, Auguste soumit les lois intéressant les hautes classes de la société; aux seconds, celles qui réformèrent les mœurs publiques, l'organisation judiciaire et la procédure (2).

Après Tibère (3), les comices législatifs ont été rarement convoqués (4). En théorie, le pouvoir législatif du peuple n'a jamais été supprimé; en fait, il n'est plus exercé après Nerva ou Trajan.

§ 4. **Abrogation des lois.** — En principe, une loi est toujours révocable. L'abrogation peut résulter du non-usage (5) ou d'une loi nouvelle. Dans ce dernier cas, elle est totale ou partielle (6). Elle peut aussi être tacite lorsque la loi nouvelle contient des dispositions contraires à celles de la loi ancienne et incompatibles avec elle (7).

La loi qui abroge une loi antérieure n'a pas d'effet rétroactif. Au temps de Cicéron, il était d'usage d'insérer dans les lois nouvelles une clause destinée à exclure la rétroactivité de la loi (8). Il en était de même pour les sénatus-consultes sous Hadrien (9).

III. Les édits des magistrats.

§ 1er. **Le *jus edicendi*.** — L'édit est, dans son acception la plus générale, une communication faite au peuple par un magistrat dans une assemblée tenue sur la place publique. Dans son acception usuelle, l'édit est la communication faite à leur entrée en charge, à Rome (10), par les Préteurs urbain et pérégrin et par les édiles curules ; dans les provinces, par le gouverneur et par le questeur (11). Par cet édit, le magistrat fait connaître les règles qu'il compte suivre dans son administration. Il était d'usage de faire afficher l'édit sur le forum ; on l'inscrivait sur des tables de bois couvertes d'un enduit blanc *(album)*. Par extension, on appelle album l'ensemble des dispositions contenues dans ces tables.

L'édit publié par le magistrat à son entrée en charge est *perpetuum* (12), parce qu'il doit rester en vigueur pendant toute la durée des fonctions de celui qui l'a proposé. L'*edictum repentinum* est rendu au cours de la magistrature, pour parer à des circonstances imprévues (13).

L'édit le plus important pour la formation du droit romain est celui du Préteur urbain. Pour comprendre le rôle joué par ce Préteur, il faut

(1) Elles furent supprimées en fait, en 74.
(2) Auguste le déclare dans l'inscr. d'Ancyre, *Gr.*, III, 19 (*I. Gr. ad res R.*, III, 159).
(3) Lois du règne de Tibère : Junia Petronia, Visellia, Junia Vellæa; cf. Tac., *Ann.*, IV, 16.
(4) Lois Claudia (Gai., I, 157), Petronia (*D.*, XLVIII, 8, 11, 2); loi agraire de Nerva (*D.*, XLVII, 21, 2, 1) : loi citée dans *C.*, VII, 9, 3, 1.
(5) Jul., *D.*, I, 3, 32, 1.
(6) Mod., *D.*, L, 16, 102; Ulp., *Reg.*, 3.
(7) Paul., *D.*, I, 3, 28.
(8) Cic., 2ª in *Verr.*, 1, 42, 109; cf. Paul., *D.*, XXXV, 2, 1 pr.
(9) Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 1, 12.
(10) Dio, XL, 66; LV, 6; Liv., XXI, 63.
(11) Gai., I, 6; Pomp., *D.*, I, 2, 2, 10.
(12) Gell., XIII, 15, 1.
(13) Cic., *Verr.*, III, 14, 36; cf. Ulp., *D.*, II, 1, 7 pr.

faire abstraction de nos idées modernes et ne pas confondre le Préteur romain avec nos magistrats. Il leur ressemble certainement à plusieurs égards : il est chargé de dire le droit, non de le faire; il est le serviteur de la loi (1) et non l'égal du législateur. Mais il reçoit du peuple, le jour de son élection, un pouvoir qui fait défaut à nos magistrats : l'*imperium*. Il est autorisé à prendre, dans la sphère de ses attributions, les mesures qui lui paraissent utiles au bien public (2).

Ces mesures n'ont à aucun degré le caractère des dispositions législatives ; elles en diffèrent par la forme et par le fond : *a*) L'ordre, donné par le Préteur en vertu de son *imperium*, n'est jamais conçu à l'impératif (3). S'il s'adresse à une personne déterminée, il a la forme d'un avis : *(censeo ut) exhibeas, restituas* (4). S'il vise tous ceux qui se trouvent dans un cas donné, le Préteur se borne à faire connaître son intention : il s'exprime au futur (5); *b*) L'édit n'est obligatoire que dans les limites du territoire soumis à l'autorité du magistrat qui l'a publié; *c*) Le législateur, seul, peut conférer un droit. Le Préteur ne peut que promettre son appui personnel (6) sous des conditions déterminées. Ce qu'un Préteur a promis, un autre peut le refuser. Le Préteur étant nommé pour un an, l'édit est renouvelé chaque année (7). Mais si, à l'user, les innovations consacrées par un édit semblent bonnes, les Préteurs subséquents ont l'habitude de les maintenir : l'édit devient *translaticium* (8).

Au Bas-Empire, les édits des magistrats sur le droit privé émanent soit des préfets du prétoire (9), soit des gouverneurs de provinces (10). Ils sont applicables dans la région soumise à leur autorité (11).

§ 2. **L'édit perpétuel**. — Un siècle et demi environ après l'établissement de l'Empire, l'autorité du Préteur était singulièrement diminuée. En apparence, il jouissait d'un pouvoir considérable, quant à la formation et à l'application du droit : en réalité, il était sans initiative, et souvent sans connaissances juridiques (12). Hadrien jugea le moment

(1) Ulp., *D.*, IV, 6, 28, 2; XXXVIII, 14, 1 pr. ; Paul. *D.*, VI, 2, 12, 4.

(2) Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 2; 9, 1, 1. Cf. pour l'interdit, Jul., *D.*, XLIII, 8, 7, et pour l'action, la division des *judicia* en *legitima* et *imperio continentia*. Gai., IV, 103. D'après P.-F. Girard (p. 39; *Mélanges*, I, 65), le pouvoir du Préteur ne s'est développé et l'édit n'est devenu une source du droit que depuis la loi Æbutia, dont la date se placerait entre 605 et 628. Jusque-là, le Préteur pouvait autoriser un envoi en possession, prescrire une stipulation, accorder un interdit; il ne pouvait ni refuser une action ni la promettre. Cette conjecture est acceptée par certains comme un dogme. Elle est rejetée par Wlassak *(Sav. Z.*, XXVIII, 1), par Lenel *(Sav. Z*, XXX, 329) et par Mitteis *(Röm. Privatrecht*, p. 52, 30).

(3) Le Préteur emploie ce mode lorsqu'il parle au nom de la loi, lorsqu'il fait un acte de *jurisdictio*. Gai., IV, 36 : *Judex esto*; cf. IV, 16.

(4) Ulp., *D.*, XLIII, 2, 1 pr.; 8, 2 pr.; 30, 1 pr. Le Préteur emploie l'indicatif au lieu du subjonctif lorsqu'il oppose son *veto*. Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 20.

(5) *Judicium dabo ; in integrum restituam* (Ulp., *D.*, IV, 3, 1, 1; 6, 1, 1).

(6) *Tuitione prætoris* (Ulp., *D.*, VII, 4, 1 pr.; 9, 9, 1).

(7) Cic., *2ª in Verr.*, I, 42, 109 : *lex annua*.

(8) Cic., *eod*, I, 4, 5; *ad Att.*, V, 21; *ad fam.*, III, 8; Gell., III, 18, 7.

(9) Recueil des édits des préfets d'Orient : Zachariæ, Ἀνέκδοτα, 266. Edouard Cuq, *Notes sur Borghesi*, X, 367-425; cf. Cassiod., *Variæ*, tit. XI-XII.

(10) J. Maspero, *P. Caire*, 67031.

(11) Il y a cependant des exemples d'édits rendus en nom collectif par plusieurs préfets : Ed. Cuq, sur *Borghesi*, X, 360, 1.

(12) Senec., *De tranquill.*, 3 : *Prætor adeuntibus adsessoris verba pronuntiat.*

venu de mettre fin à une situation fausse et qui avait ses dangers (1) : il résolut de fixer une fois pour toutes la teneur de l'édit et d'inviter les Préteurs à s'y conformer à l'avenir. Cette mesure était urgente depuis la réforme introduite par Hadrien dans l'administration judiciaire de l'Italie : le Préteur n'était plus compétent qu'à Rome et dans la région environnante; l'Italie, partagée en quatre districts, était soumise à la juridiction des *legati consulares* (2). Pour assurer l'unité de législation quant au droit honoraire, il fallait remettre à ces *consulares* un texte officiel qu'ils seraient tenus d'observer sans paraître les subordonnés du Préteur.

L'œuvre entreprise par Hadrien n'était pas sans difficultés ; il s'agissait de mettre en ordre les édits des Préteurs (3) en supprimant les clauses surannées (4), en ajoutant celles qui répondaient aux besoins nouveaux de la société. On voudrait savoir par qui et à quelle date (5) cette œuvre fut accomplie. Ce qui est hors de doute, c'est la part prépondérante prise à la rédaction de l'édit par Julien (6). Le travail

(1) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 329.

(2) Spart., *Hadr.*, 22, 13.

(3) Aur. Vict., 19, 2. Pompée (Isidor., *Or.*, V, 1, 5), César (Suet., *Jul.*, 44) et Auguste avaient eu la pensée d'unifier, ceux-là le droit civil, celui-ci le droit prétorien. Le projet d'Auguste parait avoir reçu un commencement d'exécution : Aulus Ofilius mit en ordre l'edit du Préteur *de jurisdictione* (Pomp., *D.*, I, 2, 2, 44.)

(4) Par exemple la clause antique sur la vente des esclaves : Gell., IV, 2, 1.

(5) Elle est postérieure à 129, car Pomponius cite, dans l'*Enchiridion* qu'il composa avant la rédaction de l'Edit, le deuxième consulat occupé en cette année par Celsus (*D.*, I, 2, 2, 47). Elle est antérieure à la mort d'Hadrien en 138, mais vraisemblablement de peu d'années. D'après la chronique de saint Jérôme, l'Edit fut rédigé la quinzième année du règne d'Hadrien (en 131); mais la valeur de cette indication, dont on ignore la provenance, est contestée. P. F. Girard (*Mél.*, 214) a essayé d'établir que l'Edit a été mis en ordre par Julien entre 125 et 128. Cette conjecture est inacceptable, comme l'ont démontré Appleton (*N. R. H.*, XXXIV, 731; XXXV, 615; cf. Ratel, *Sav. Z.*, XXXII, 412) et P. Krueger (94, 9) : 1° le point de départ est inexact. Julien aurait écrit les six premiers livres de son Digeste avant 129, date du Sc. Juventien, car il n'applique pas ce Sc. à la petition d'hérédité (*D.*, V, 3, 33, 1 et 30). Mais le Sc. n'a pas été fait pour la pétition d'hérédité en général; il a été rendu à l'occasion d'un procès du fisc, et le Sénat a décidé qu'il serait observé dans les affaires semblables, c'est-à-dire dans tous les procès fiscaux. Le Sc. a été étendu aux procès entre particuliers beaucoup plus tard. Gaius, qui écrivait vingt ans après, n'en tient pas compte, ni dans *D.*, V, 3, 17 (dont la fin a été interpolée), ni dans *D.*, V, 3, 39, 1. C'est seulement quarante ans après, en 170, que Marc-Aurèle, répondant à une consultation d'un proconsul d'Afrique, généralisa l'application du Sc. (*C.*, III, 31, 1); 2° la conjecture proposée conduit à des résultats qu'il suffit d'énoncer pour en montrer l'invraisemblance : *a*) Julien a été chef de l'école sabinienne avec ou après Valens qui, en 118, était un tout jeune homme (*C. I. L.*, VI, 1421) : si l'Edit est de 125 à 128, Julien aurait été chef d'école à 25 ans. *b*) Julien aurait été chargé de refondre les édits des Préteurs alors qu'il n'était que questeur, car en 128, il n'avait pas l'âge requis pour la préture. Hadrien aurait retiré le *jus edicendi* au Préteur désigné, pour le conférer à un magistrat de rang bien inférieur. *c*) Dans le bref intervalle d'un an ou deux, qui séparerait la rédaction de l'Edit et le Digeste de Julien, il faudrait placer la publication successive de deux ouvrages considérables : les 35 livres de Pomponius *ad Sab.*, cités par Julien dans son Digeste, et les 39 livres du Digeste de Celsus, cités par Pomponius dans son traité *ad Sabinum*. *d*) D'après Krueger, le plus ancien ouvrage de Julien (*ad Urseium*), est au plus tôt du temps d'Hadrien (cf. *D.*, XLVI, 3, 36, et V, 4, 3; XXXIV, 5, 7 pr.) : son Digeste est certainement postérieur. Cf. Lenel, *Holtzendorff's Enzyklop.*, I, 352, 7.

(6) D'après Eutrope (VIII, 9) l'empereur Didius Julianus est le descendant de Salvius Julianus qui, sous Hadrien, *perpetuum composuit edictum*. Aurelius Victor (*l. c.*) confond l'empereur Julianus avec le rédacteur de l'édit. Justinien (c. Δέδωκεν, § 18), attribue la rédaction de l'édit à Hadrien, *Juliano egregio viro ad id adsumpto*.

terminé et condensé en un petit livre, Hadrien le fit confirmer par le sénat : les magistrats furent invités à se conformer au texte officiel. La publication de l'édit au début de chaque année fut dès lors une simple formalité; l'édit mérita à tous égards le nom de perpétuel.

Les magistrats conservèrent-ils tout au moins le droit d'ajouter des clauses nouvelles sur les points non prévus par l'édit? Justinien l'affirme dans la constitution Δέδωκεν. Si, dit-il, il y a doute sur le sens d'une disposition, on s'adressera à l'empereur (1). Si, au contraire, il se présente une question non réglée par l'édit, Hadrien déclare, dans son *oratio*, que les magistrats auront soin de la résoudre en se conformant aux principes déjà établis (2).

L'édit du Préteur urbain ne fut pas seul l'objet d'une rédaction officielle : on en fit autant pour celui des édiles curules qui devint un appendice de l'édit urbain (3). On ignore s'il en fut de même pour l'édit des autres magistrats (4).

Le texte de l'édit perpétuel n'a été que partiellement conservé, mais on a sur son contenu des renseignements abondants. Il y a au Digeste un grand nombre de fragments empruntés à trois des principaux commentaires de l'édit urbain, ceux de Julien, de Paul et d'Ulpien, et au commentaire de Gaius sur l'édit provincial. L'inscription de chacun de ces fragments fait connaître le livre de l'édit, objet du commentaire. Lorsque les indications fournies par ces quatre ouvrages concordent entre elles, on peut être sûr d'avoir l'ordre même de l'édit. Dans le cas contraire, on doit consulter l'ordre des matières du Digeste car, dans l'ensemble, il est le même que celui de l'édit.

On distingue quatre parties dans l'édit (5) : la première comprend les règles relatives à la marche du procès jusqu'à l'organisation de l'instance (tit. 1-13); la quatrième, les règles sur l'exécution des sen-

L'*Epitome legum* de l'an 920, publié en 1835 (Zachariæ, *Jus græco-romanum*. II, 280), contient seul un document précis : Hadrien aurait confié l'exécution de son projet à Salvius Julianus et à Servius Cornelius. Mommsen (*Z. Rg.*, IX, 8), Krueger (94, 8), Girard (52, 5) prétendent que l'auteur de l'*Epitome* s'est trompé : c'est une simple affirmation. Servius fut, comme nous l'avons établi (*Conseil des Empereurs*, p. 331, 3), le contemporain de Julien. Ils ont été consuls à un an d'intervalle, Julien en 148 (diptyque du Musée du Caire, *N. R. H.*, 1906, XXX, 485), Cornelius en 149 ; ils se sont également succédé dans le proconsulat d'Afrique. Cornelius en 162-163 (*C. I. L.*, VIII, 10299), Julien vers 164 (Cantarelli, *Bull. arch. com. di Roma*, 1900, p. 137). L'opinion contraire de Mommsen était fondée principalement sur la date erronée qu'il attribuait au consulat de Julien. Depuis que cette date a été fixée par le diptyque du Caire, l'objection n'a plus de raison d'être

(1) Justinien invoque l'opinion de Julien, mais ce jurisconsulte admet que la difficulté peut être également résolue par voie d'interprétation. (*D.*, I, 3, 11).

(2) On a révoqué en doute l'existence de *novæ clausulæ*, mais l'assertion de Justinien est confirmée par un papyrus du Caire (J. Maspero, 67031) il contient un édit rendu vers l'an 547 par un gouverneur de la Thébaïde et destiné à mettre fin aux exactions commises par certains fonctionnaires qui exigeaient des sportules supérieures au tarif.

(3) La même règle fut consacrée par Alexandre Sévère (*C.*, I, 26, 2) pour les préfets du prétoire : ils ont le *jus edicendi*, et leurs édits doivent être observés pourvu qu'ils n'aient rien de contraire aux lois ni aux constitutions.

(4) Le commentaire de Gaius sur l'édit provincial rend vraisemblable l'existence d'une rédaction officielle de cet édit. Il est probable que les édits provinciaux étaient conçus sur un plan uniforme, tout en contenant des clauses variables suivant les provinces. (Cf. Lenel, *E. P.*, 9; Krueger, 95). Wilcken, *Sav. Z.*, XLII, 124.

(5) Cf. Lenel, I, 53.

tences et les recours en cassation (tit. 36-42). Il est plus difficile de déterminer le critérium de la distinction de la deuxième et de la troisième partie : on a conjecturé que la seconde (tit. 14-24) se rapporte aux procès soumis au *verum actus*, la troisième (tit. 25-35) aux voies de droit plus rapides (1). Chaque partie comprend des édits et des formules pour les actions créées par le Préteur; des formules d'actions seulement pour les actions civiles. L'édit se termine par un appendice (tit. 43-45), contenant des formules d'interdits, d'exceptions et de stipulations prétoriennes.

L'édit est divisé en titres (2) désignés par des rubriques (3), subdivisés en chapitres (4). Chaque chapitre contient un certain nombre de *clausulæ* (5).

§ 3. **Le droit honoraire**. — Bien que les Préteurs et les autres magistrats chargés de la juridiction n'aient pas le pouvoir législatif, les clauses insérées dans leurs édits ont été, dès le temps de Cicéron, considérées comme constituant un droit (6), que l'on appelle droit prétorien ou droit honoraire (7), pour le distinguer du droit civil. Deux faits ont contribué à faire admettre l'idée d'un droit honoraire.

1° L'usage de dégager des formules contenues dans l'album les règles qu'elles servaient à sanctionner (8). On les insérait dans l'édit à côté des formules corrélatives. Il y eut dès lors deux sortes de règles de droit : les unes consacrées par la loi, les autres par l'édit.

2° L'usage des *edicta translaticia* qui, à la longue, a donné aux règles édictales une fixité et une stabilité analogues à celles des dispositions législatives. En promettant d'une façon constante de protéger ceux qui se trouveraient dans une situation déterminée, le Préteur a créé à leur profit un état de fait que l'on tient pour équivalent à un état de droit.

Le droit honoraire puise en réalité sa force dans la coutume. Cicéron présente l'édit des magistrats comme une des sources principales du droit coutumier (9). Aussi est-il assez rare qu'un édit de cette époque soit désigné par le nom de son auteur : il a perdu son individualité. On le cite soit d'après son objet (*de minoribus XXV annis, successorium*), soit d'après ses premiers mots (*quorum bonorum*) (10). Le droit honoraire a d'ailleurs conservé ses caractères particuliers; il ne se confond pas avec le droit civil.

La formation du droit honoraire remonte en grande partie au temps

(1) Voir la restitution de l'Edit par Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 1927. Cf. Girard, *Mél.*, 249, 305; Riccobono, *Bull. d. R.*, XX, 91; Partsch, *Sav. Z.*, XXX, 490.
(2) Cf. Ulp., *D.*, IV, 1, 1; XII, 1, 1.
(3) Gaius, *D.*, XXVIII, 5, 32 et 33. Ces titres sont numérotés : Ulp., frg. 1 (d'après Paratus), Baviera, *Fontes*, 256; Girard, *Textes*, 497.
(4) Cic., *2a in Verr.*, I, 46, 118; *ad Fam.*, III, 8, 4; Marcel., *D.*, XXXVII, 8, 3.
(5) Cic., *eod.*, III, 14, 35; Ulp., *D.*, V, 2, 6 pr.
(6) Cic., *p. Cæc.*, 12, 33; *De off.*, I, 10, 33.
(7) Marc., *D.*, XXVIII, 7, 14; Paul., *D.*, I, 1, 11.
(8) Voir dans Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 1 l'edit sur le dépôt, et dans Gai., IV, 47, la formule de l'action de dépôt *in factum*.
(9) *De inv.*, II, 22, 67.
(10) Gai., III, 34; *D.*, XXIX, 2, 57, 1; Ulp., *D.*, XXXVIII, 9, 1 pr.; Cic., *2a in Verr.*, I, 46, 118.

de la République. Ses règles s'étendent à toutes les parties du droit privé; le plus grand nombre a trait à la possession, aux obligations, aux successions. A l'époque de Cicéron, l'édit du Préteur était le fondement de la science du droit. Le premier commentaire de l'édit est l'œuvre de son contemporain Servius (1).

En introduisant des règles nouvelles, le Préteur s'est proposé un triple but : assurer l'application du droit civil, en combler les lacunes, en corriger les imperfections (2). Mais son pouvoir ne va pas jusqu'à lui permettre de changer la loi; il peut en paralyser l'effet; il ne peut l'abroger. Sans doute des abus étaient possibles, mais ils étaient peu dangereux parce que les clauses contraires à la loi pouvaient être rendues inefficaces par l'*intercessio* d'un magistrat de rang égal ou supérieur, ou d'un tribun de la plèbe. Les innovations du Préteur ont été en général favorablement accueillies parce qu'elles étaient inspirées par des raisons d'utilité publique et d'équité. Le Préteur n'a jamais fait un pas en avant sans être appuyé par l'opinion et secondé par la pratique. C'est ainsi qu'il a pu consacrer des causes nouvelles d'obligation, préparer l'émancipation économique des fils de famille.

L'une des causes qui ont favorisé le développement du droit honoraire, c'est le soin que les Préteurs ont pris de rattacher leurs innovations au droit civil, même lorsqu'ils s'inspirent d'idées plus larges ou de principes différents. Ils ont donné aux enfants émancipés vocation à la succession paternelle en les présentant fictivement comme des héritiers siens; à l'acheteur des biens d'un insolvable l'action Servienne, en l'assimilant à un héritier; à certains possesseurs, l'action Publicienne, en supposant qu'ils ont achevé une usucapion simplement commencée.

Sous l'Empire, la liberté dont jouissait le Préteur n'était guère compatible avec la nouvelle forme du gouvernement. D'Auguste à Hadrien, le droit honoraire s'est développé surtout de deux manières : 1° sur l'invitation du sénat ou même du peuple. Le Préteur prend les mesures nécessaires pour que leur volonté soit respectée (3); 2° par voie d'interprétation. Les jurisconsultes par leurs commentaires, les empereurs par leurs rescrits (4) ont étendu l'application de ce droit.

Les jurisconsultes ont fait plus encore : ils ont préparé la fusion du droit honoraire et du droit civil. Ils avaient l'habitude d'expliquer les règles du droit civil à propos des dispositions correspondantes de l'édit ou des formules d'actions qui servaient à les faire valoir. De ce rapprochement, ils ont dégagé sur chaque institution les principes généraux qui s'y appliquent et fait ressortir l'unité du droit, quelle que soit la provenance des dispositions qui la régissent.

Malgré les efforts de la jurisprudence, la distinction du droit honoraire et du droit civil a subsisté pendant toute la période classique et

(1) Cic., *De leg.*, I, 5, 17. Pomp., *D.*, I, 2, 2, 44.
(2) Pap., *D.*, I, 7, 1.
(3) Sc. Velléien. *Bonorum possessio ex legibus : D.*, XXXVIII, 14, 1 pr.
(4) Gai., II, 120; 126. Ulp., *D.*, XXIX, 4, 2, 11 pr.; VI, 2, 11 pr.; XI, 6, 7, 3.

n'a pas entièrement disparu au Bas-Empire. Pourtant s'il est vrai que les clauses de l'Édit tirent leur efficacité de la protection promise par le Préteur, si cette protection se manifeste dans la plupart des cas par des moyens de procédure empruntés au système formulaire, il ne devrait plus être question de droit honoraire depuis l'abolition de cette procédure au IVe siècle. Il n'en est pas ainsi : on a continué à séparer le droit honoraire du droit civil. Justinien lui-même n'a pas réussi à opérer la fusion complète de ces deux portions du droit romain (1) : il l'a réalisée pour le droit de propriété, mais non pour le droit de succession : le régime de la *bonorum possessio* a subsisté à côté de celui de l'hérédité (2).

IV. Les sénatus-consultes.

Aux derniers siècles de la République le sénat commence à prendre part à l'exercice du pouvoir législatif : 1° Il réglemente certaines matières d'une façon permanente, en raison de la qualité des intéressés (prêt à un ambassadeur) (3); 2° en cas d'urgence, il invite les magistrats à prendre certaines mesures en attendant qu'elles soient consacrées par les comices (4); 3° il s'attribue le droit d'annuler les lois (5), d'accorder la dispense de les observer, de décréter une dérogation temporaire à une loi (6).

Sous l'Empire, la situation du sénat a été progressivement modifiée (7). Pendant un certain temps, le peuple et le sénat légifèrent côte à côte, mais leur action s'exerce sur des objets divers et d'une manière différente. Tandis que le peuple est appelé à voter des lois destinées à réformer l'état social, le sénat se renferme dans ses anciennes attributions : interprétation du droit (8), invitation adressée aux magistrats d'édicter des règles nouvelles (9). Mais, depuis le règne d'Hadrien (10), le peuple ayant cessé d'exercer le pouvoir législatif, le

(1) La distinction a subsisté après Justinien. Dans un testament de l'an 570 (*P. Caire*, 67151, l. 44), le rédacteur déclare que l'acte est conforme au droit civil et prétorien. Cf. *Basilic.*, XXI, 1, 13, et les scolies.

(2) Cf. notre article HONORARIUM, *Dict. Antiq.*, III, 244.

(3) Ascon., *in Cornel.*, 57. Gell., II, 24.

(4) Sc. de 561, confirmé par la loi Sempronia. Liv., XXXV, 7.

(5) Plébiscites d'Appuleius en 654, de Titius en 655 (Cic., *De leg.*, II, 6, 14), de Livius Drusus en 663 (Diodor., XXXVII, 10, 3), de Manlius en 688 (Dio, XXXVI, 42), des lois consulaires d'Antoine (Cic., *Phil.*, V, 4, 10). Le sénat décide *ea lege non videri populum teneri*. Plut., *Tib. Gracc.*, 19; Ascon., *in Corn.*, p. 67.

(6) Dans la période postérieure à Sylla. Ascon., p. 57. Cic., *ad Att.*, VI, 2, 7.

(7) Pomp., *D.*, I, 2, 2, 9.

(8) Exemples : loi des Douze Tables interprétée par le Sc. *de famosis libellis* (*D.*, XLVII, 10, 5, 10); loi Cornelia *de sicariis* par le Silanien (*D.*, XXIX, 5, 1 pr.) et par un Sc. du temps de Claude (*D.*, XLVII, 9, 3, 8); lois caducaires par le Sc. sur le quasi-usufruit, les Sc. Persicien, Calvisien (Ulp., XVI, 3; 4) et Pégasien (Gai., II, 286); loi Ælia Sentia par divers Sc. (Gai., I, 31; 47); loi Junia Norbana par le Sc. Largien (Gai., III, 63).

(9) Sc. Velleien, Trébellien, Afinien, Néronien, Pégasien, Macédonien, etc.

(10) On a cité en sens contraire le Sc. Dasumien, mais il complète le Sc. Rubrien qui contient une invitation au Préteur (*D.*, XL, 5, 26, 7; 51, 4); le Sc. cité par Ulp., *D.*, XXXVIII, 4, 1 pr., étend une disposition de la loi Papia; comme cette loi (Gai., III, 53), il accorde un privilège au *manumissor* qui a des enfants; l'extension est réalisée par une fiction. Dans le Sc. Hosidien (*C. I. L.*, X, 1401), le sénat agit comme conseil administratif; à ce titre, il a qualité pour prendre des dispositions relatives à l'économie domestique des citoyens, dans un but d'utilité générale.

sénat édicte des règles de droit civil. Tel est le Sc. Tertullien; sous Marc-Aurèle, le Sc. Orfitien; sous S. Sévère, le Sc. sur la tutelle; sous Caracalla, le Sc. sur les donations entre époux. Au IIe siècle, l'assimilation du Sc. à la loi, quant à son efficacité, est certaine; Gaius rappelle simplement que la question a été discutée.

Les sénatus-consultes sont désignés par un adjectif formé avec le nom gentilice ou le surnom du consul qui a présidé le sénat lors du vote (Sc. Juventien), ou avec le nom de l'empereur, auteur du projet (Sc. Claudien).

De bonne heure, l'usage s'est introduit de laisser à l'empereur l'initiative des mesures prises par le sénat. L'empereur présente au sénat, sous la forme d'un discours *(oratio)*, un projet prêt à recevoir son approbation. Le Sc. est l'œuvre du conseil du prince bien plus que du sénat. On identifie le Sc. avec l'*oratio principis in senatu recitata* (1).

Au Bas-Empire, la réorganisation administrative opérée par Dioclétien et par Constantin, le transfert du siège du gouvernement à Milan et à Byzance (2), ont consommé la ruine du sénat comme corps politique: il descend au rang de conseil municipal. Il en est de même du sénat créé par Constantin à Constantinople (3). Mais les sénateurs regagnent individuellement la considération et l'autorité qu'ils perdent comme membres du conseil suprême; les plus importantes charges de l'État leur sont réservées (4). La transformation du sénat en une réunion de grands fonctionnaires impériaux fit disparaître le dernier obstacle à l'omnipotence des empereurs.

Cette omnipotence se manifeste dans le cérémonial dont ils s'entourent; ils ne se montrent à leurs sujets qu'en grand apparat, la tête ceinte d'un nimbe. Il n'y a pas là seulement une question de forme; c'est une conception nouvelle qui se fait jour, celle de la monarchie absolue ou de droit divin, familière aux populations de l'Orient (5). A cette époque, les sénatus-consultes sont de simples avis que l'empereur peut demander, mais dont il a le droit de ne pas tenir compte (6).

Cf. Cic., *de Rep.*, III, 9; Plin., *H. n.*, III, 20; Suet., *Tib.*, 34. — On serait mieux fondé à objecter un Sc. du temps de Claude qui déroge à la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère. Mais ce Sc. a été cassé par Hadrien, *iniquitate rei et inelegantia juris motus*. Gai., I, 84.

(1) Paul, *D.*, V, 3, 40 pr.: cf. XXIII, 2, 60. Ulp., *Reg.*, XXVI, 7; *Vat. fr.*, 294.

(2) J. Maurice, *Les origines de Constantinople (Soc. des Antiquaires* : Livre du centenaire), 1904.

(3) Sous la présidence du préfet de la ville (Symmach., X, 43).

(4) Ceux qui ne parviennent pas aux plus hautes dignités forment une aristocratie supérieure à celle des *curiales* et jouissent de nombreux privileges (*C. Th.*, XII, 1, 57; 74, 1; 130; 169). L'ordre sénatorial comprend, non seulement ceux qui siègent au sénat, mais aussi ceux qui sont dispensés de la résidence dans la capitale, et qui habitent les provinces, où ils sont généralement grands propriétaires fonciers. Dio, LXXII, 16. Paul, I, 1a, 8; *C.* III, 24, 2; XII, 1, 14; XII, 2, 1.

(5) L'usage du nimbe a été emprunté aux rois de l'Orient qui se prétendaient d'origine divine et fils du ciel. C'est en 314 que les deux Licinius, père et fils, les maîtres de l'Orient, paraissent en bustes nimbés sur un médaillon d'or de Nicomédie. Constantin prit le nimbe pour la première fois, lors des *vicennalia* du 25 juillet 326. Cf. Babelon, *La trouvaille monétaire de Helleville*, 1910, p. 36.

(6) L'approbation, exigée par Theod., Valent., *C. Th.*, I, 14, 8, est devenue une simple formalité.

V. Les constitutions impériales.

§ 1er. **Haut-Empire.**— D'après les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles (1), le pouvoir législatif des empereurs a pour fondement la *lex regia* votée par le peuple au début de chaque règne et conférant à l'empereur la puissance tribunitienne. Cette doctrine n'est pas conforme à la conception première de la loi *regia*, sans quoi on n'eût pas offert à Auguste, à trois reprises, la *cura legum* qu'il a d'ailleurs refusée (2). La loi *regia* confère seulement à l'empereur le droit de faire ce qu'il juge utile au bien public (3). Les mesures qu'il prend en vertu de cette clause appartiennent plutôt à ce qu'on appelle aujourd'hui le pouvoir exécutif.

L'empereur ne peut ni abroger ni modifier la loi; il est lui-même soumis aux lois, sauf le cas où le peuple ou le Sénat lui a concédé un privilège personnel, tel que l'exemption des lois caducaires (4).

Le seul cas où, au Ier siècle, les ordonnances des empereurs aient force de loi, est celui des *leges datæ* (5). Elles ont pour objet : la concession du droit de cité à des étrangers (6); de la cité romaine ou du *jus Latii* à des cités pérégrines, de la liberté et de la cité à un esclave (7); la fondation d'une cité nouvelle; la concession de statuts municipaux (8); la concession aux affranchis du droit de porter l'anneau d'or.

Le pouvoir législatif des empereurs a été admis progressivement, au cours des IIe et IIIe siècles, mais non pas d'une manière absolue et générale. Vers la fin de cette période, Probus reconnaît au Sénat le droit de donner force obligatoire à ses propositions (9).

Les constitutions impériales se présentent sous quatre formes, édits, mandats, décrets, rescrits. Les deux premières introduisent des règles nouvelles; les deux autres appliquent ou interprètent la loi.

1. ÉDITS. — En qualité de magistrat, l'empereur a le *jus edicendi*. Il en fait usage soit pour adresser au peuple des communications (10), soit

(1) GAIUS, I, 5; POMP., *D.*, I, 2, 2, 11-12; ULP., *D.*, I, 4, 1 pr. 1.

(2) Dion Cassius s'inspire des idées qui avaient cours de son temps lorsqu'il dit d'Auguste : il légiferait comme il voulait (LIV, 12).

(3) Cf. la *lex regia* qui a conféré l'*imperium* à Vespasien : *C. I. L.*, VI, 930.

(4) La règle *Princeps legibus solutus est* a été empruntée au commentaire d'Ulpien sur les lois caducaires (*D.*, I, 3, 31) : elle signifie que le prince est dispensé de l'observation de ces lois et non de toutes les lois.

(5) Sous la République, le magistrat était autorisé à « donner la loi » sans l'intervention du peuple dans deux cas : 1° pour concéder la cité romaine à des étrangers (CIC., *p. Balbo*, 8, 19; 14, 32), ou pour déterminer l'organisation d'un municipe (*C. I. L.*, II, 5439, c. 132; LIV., IX, 20) ou d'une province (CIC., *Verr.*, II, 2, 37). Cf. Ed. CUQ, *Dict. Ant.*, III, 1119; 2° pour réformer la constitution de la cité romaine : tel est le pouvoir attribué en 303 aux decemvirs, en 672 à Sylla, en 705 et 706 à J. César. Ces dernières lois ont presque toujours été soumises à la ratification du peuple (LIV., III, 34; CIC., *p. domo*, 30). Il n'y a guère que les triumvirs Lepide, Antoine, César, qui n'aient pas demandé pour leurs lois l'approbation des comices (DIO, XLVI, 55). Les empereurs suivirent cet exemple.

(6) Cf. les diplômes militaires, et *C. I. L.*, III, p. 1951, 2038.

(7) *C. I. L.*, VI, 1847; PAUL., *D.*, XL, 1, 14, 1.

(8) Statuts donnés par Domitien à Salpensa et Malaca : *C.I.L.*, II, 1963, 1964.

(9) *Vita Probi*, 13.

(10) PAUL., *D.*, XLVIII, 18, 8 pr. Cf. WILCKEN, *Sav. Z.*, XLII, 124.

pour établir des règlements nouveaux. Les édits contenant des règlements sont particuliers ou généraux (1). Ceux-ci ont trait, presque tous, à des questions d'ordre administratif ou politique (2).

Les édits étaient portés à la connaissance des citoyens par des crieurs publics (3) ou par des affiches. Dans les pays de langue grecque, une traduction était jointe par les soins des secrétaires impériaux (4).

2. Mandats. — Ce sont des instructions adressées aux gouverneurs des provinces impériales, sous la forme d'une lettre individuelle (5). Il y a des exemples de mandats à des proconsuls (6), parce que les empereurs exercent une surveillance sur les provinces sénatoriales. Pour les magistrats urbains, il ne semble pas qu'on ait eu recours aux mandats : ils devaient se conformer aux édits et aux décrets (7).

Bien que les mandats ne soient jamais qualifiés constitutions et soient plutôt des actes administratifs, on y trouve des règles de droit civil et criminel : ces règles ont pour objet d'assurer la bonne administration des provinces, de prévenir les abus que pourraient commettre des fonctionnaires publics, d'accorder certains privilèges aux militaires (8). Avec le temps, ces instructions ont pris un grand développement : elles forment une sorte de code des gouverneurs de provinces (9). Quelques mandats ont été, par rescrit, rendus applicables à Rome et à l'Italie (10).

Si les édits et les mandats ne sont pas par eux-mêmes des actes législatifs, certains d'entre eux sont devenus obligatoires à l'égal de la loi : par exemple ceux qui concernent les fidéicommis, ou le testament militaire. Mais les édits ou les mandats sont temporaires et révocables, tandis que les lois ont un caractère permanent. Les édits impériaux, comme ceux des magistrats, cessent d'être obligatoires à l'expiration des fonctions de celui qui les a rendus, en général à la fin du règne; mais ils peuvent être renouvelés par son successeur et deviennent *transla-*

(1) Voir la liste des principaux édits dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 458.

(2) Il y a trois édits qui, au point de vue théorique, semblent déroger au droit civil, mais qui s'expliquent par les circonstances dans lesquelles ils ont été rendus : 1° un édit d'Hadrien (abrogé par Dioclétien, *C.*, VIII, 10, 5) attribue au constructeur de mauvaise foi la propriété de l'édifice qu'il a bâti sur le terrain d'autrui. Cet édit rentre dans la catégorie des mesures d'ordre administratif; il n'a pas une portée générale : il s'applique à la ville de Rome et s'inspire d'un édit de Vespasien tendant à favoriser la reconstruction des maisons détruites par les incendies qui avaient dévasté la ville (Suét., *Vesp.*, 8); 2° un édit de Marc-Aurèle, rendu à la suite d'un débordement du Tibre, accorde un privilège à celui qui prête de l'argent pour rebâtir une maison (Capitol., 8; Ulp., *D.*, XLII, 5, 24, 1); 3° l'édit de Claude Tacite, qui défend la cession de droits litigieux à un *potentior* (*C.*, II, 14, 1), n'implique pas que l'empereur possède le pouvoir législatif. Il ne crée pas une nullité, il n'établit pas non plus une incapacité : il invite les magistrats à ne pas accueillir la demande du *potentior* et même à sévir contre lui. Cf. sur les *potentiores*, H. Monnier, *N. R. H.*, XXIV, 37.

(3) Cf. un édit de Dioclétien cité par Le Blant, *Actes des martyrs*, 263.

(4) Jos., *Ant. Jud.*, XIX, 5, 3. Cf. Lafoscade, *De epistulis imperatorum magistratuumque romanorum*, 1902.

(5) Ulp., *D.*, XLVII, 11, 6 pr.

(6) Inscr. de Pergame, *C. I. L.*, III, 7086.

(7) Ulp., *D.*, II, 14, 7, 7; III, 1, 1, 8; II, 6, 1, 1; XLIII, 8, 2 pr.

(8) Exemples dans notre *Conseil des Empereurs*, 460.

(9) Ulp., *D.*, XXIX, 1, 1, 1.

(10) Sev. ap. Marc., *D.*, XLVII, 22, 1 pr.

ticia (1). A la longue, on se dispensa de renouveler expressément les édits des empereurs antérieurs : ils conservaient leur valeur tant qu'ils n'avaient pas été abrogés. Il en fut de même pour les mandats (2).

3. Décrets. — Ce sont les décisions rendues par l'empereur dans les cas où, par exception, il statue sur un procès, comme juge de première instance ou d'appel (3). Les décrets ne se rattachent pas par eux-mêmes à l'exercice du pouvoir législatif. Ils ont cependant contribué à la formation du droit, soit indirectement lorsqu'ils tempèrent la rigueur de la loi pour des raisons d'équité (4), soit directement lorsqu'ils tranchent une controverse. Dans ce dernier cas, ils se terminent par une règle générale applicable à tous les cas analogues : tel est le décret rendu par Marc-Aurèle contre les créanciers qui se font justice à eux-mêmes (5).

4. Rescrits. — Les rescrits sont des réponses aux consultations des magistrats ou aux requêtes des particuliers sur des points de droit. Ils sont rédigés en grec ou en latin sous la forme d'une lettre *(epistola)*, d'une *subscriptio* ou d'une *adnotatio*.

Sous les premiers empereurs, on ne trouve qu'un petit nombre de rescrits offrant quelque intérêt pour le droit privé (6). D'ordinaire, ces rescrits contiennent des règles destinées à guider les magistrats ou les fonctionnaires impériaux chargés d'administrer les provinces : la correspondance de Pline avec Trajan en offre de nombreux exemples. A partir d'Hadrien, les rescrits ont pour objet de fixer l'interprétation et l'application de la loi et de l'édit perpétuel. On en compte quelques milliers dans les compilations de Justinien (7).

Il y a plusieurs sortes de rescrits; les uns concèdent des privilèges : ce sont des constitutions personnelles (8) ; on ne peut s'en prévaloir par voie d'analogie. D'autres appliquent le droit en vigueur : ce sont les plus nombreux (9), ils sont sans influence sur la formation du droit. Plus importants sont les rescrits qui contiennent une interprétation de la loi ou établissent des règles nouvelles, ou qui organisent une instance.

(1) Callistr., *D.*, XL, 15, 4 pr. ; Ulp., *D.*, XVI, 1, 2 pr.
(2) Tac., *Ann.*, XI, 22; *Hist.*, XIII, 25; Paul., *D.*, XXVIII, 2, 26; Diocl., *C.*, VIII, 10, 5; Ulp., *D.*, XXIX, 1, 1 pr.
(3) Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 441-454. Cf. sur la tenue des audiences impériales sous Claude et Trajan, Ed. Cuq, *N. R. H.*, XXIII, 116; *P. Oxy.*, 1242.
(4) Cf. Pap., *D.*, XXXIV, 9, 18 pr.
(5) Callistr., *D.*, XLVIII, 7, 7.
(6) Sous Tibère, *D.*, XLVIII, 5, 39, 10; sous Claude, *D.*, XL, 15, 4, 1 ; sous Trajan, *D.*, XXVI, 7, 12, 1 ; XXXVI, 1, 3 pr., 5 : XLVIII, 5, 1 pr.
(7) Montesquieu en parle comme d'une mauvaise manière de donner des lois (*Esprit des Lois*, XXIX, 17). Cette appréciation est inexacte : l'empereur ne se prononce jamais sur les questions de fait (Hadr. ap. Callistr., *D.*, XLVIII, 15, 6 pr. ; Ant. P. ap. Marc., *D.*, XXII, 1, 32 pr.). Lors même qu'on lui soumet un procès en lui exposant les faits sur lesquels la prétention est fondée, il se contente d'indiquer la règle applicable, en réservant au juge la vérification des faits contenus dans la requête et la décision du procès. Les empereurs ne résolvaient pas les questions suivant leur bon plaisir : les rescrits étaient préparés par des secrétaires d'État *(a libellis)* choisis parmi les jurisconsultes les plus éminents. Lorsque l'affaire était importante, on la soumettait au conseil impérial.
(8) Ulp., *D.*, I, 4, 1, 2.
(9) Cf. notre *Conseil des Empereurs*, p. 438.

1° Les rescrits qui interprètent la loi peuvent être comparés aux réponses des prudents (p. 52). Les jurisconsultes les mettent sur la même ligne (1), en discutent la valeur et les critiquent le cas échéant (2). S'ils sont unanimes à accepter la décision, ils ont soin de dire, comme pour les opinions des prudents : *Eo jure utimur*. Donc, par eux-mêmes, ces rescrits n'ont pas force de loi (3). 2° Ceux qui ont une portée plus large sont affichés (4). 3° Les rescrits, qui organisent une instance, interviennent lorsqu'un plaideur demande à l'empereur de connaître d'un procès. Si la requête *(libellus, preces, supplicatio)* est accueillie, l'empereur peut, ou juger lui-même l'affaire en conseil et rendre un décret, ou en confier l'examen à un juge qui prononcera la sentence. Dans ce dernier cas, le rescrit a pour objet l'organisation de l'instance. Cette procédure par rescrit est analogue à la procédure par formule, non seulement quant à la division de l'instance en deux phases, mais aussi quant à l'instruction donnée au juge : le rescrit indique la règle dont le juge doit faire l'application si les faits contenus dans la requête sont reconnus exacts; il est adressé au juge désigné par l'empereur, et non au requérant (5). L'analogie existe encore, en ce que l'empereur peut refuser d'organiser une instance, et que l'obtention du rescrit produit les effets de la *litis-contestatio* (6). Mais les parties n'ont pas le choix du juge : l'empereur renvoie l'affaire au gouverneur de la province *(judex ordinarius)* ou à un commissaire spécial *(judex a principe datus)*. Dans tous les cas, l'affaire est jugée *extra ordinem*.

Dès le temps d'Auguste, les *acta* de l'empereur sont consignés sur les *commentarii*, conservés dans les archives au *tabularium Cæsaris*. Ces actes peuvent, par autorisation de l'empereur, être communiqués aux personnes intéressées (7). Un bureau spécial dont la création paraît remonter à Hadrien est chargé de conserver les décisions rendues sur des questions de droit : elles sont réunies dans un recueil appelé *semenstria* (8).

En résumé, aux IIe et IIIe siècles, les empereurs n'ont exercé le pouvoir législatif que dans des limites assez étroites : 1° Ils se sont attribué le droit d'interpréter la loi. Cette interprétation, qui, dans

(1) Ulp., *D.*, V, 2, 6, 2; XI, 7, 6 pr., XIII, 7, 13 pr.
(2) Paul, *D.*, XXII, 1, 17 pr.; Ulp., *D.*, XLVIII, 19, 8, 1.
(3) Ulp., *D.*, XLIX, 1, 14 pr.; XII, 6, 26 pr.; Mod., *D.*, XXVIII, 6, 4 pr.
(4) La date de l'affichage est très souvent indiquée dans les Codes : *pp.* = *proposita*. Parfois on indique seulement la date de la souscription impériale. Sur l'affichage des rescrits, voir p. 912.
(5) Callist., *D.*, XLII, 1, 33; Ulp., *D.*, XXXVII, 9, 1, 14. Cf. Diocl., *C.*, I, 23, 3.
(6) Just., *C.*, VIII, 53, 33.
(7) Cf. Édouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 416, 417, 419, 4. *C. I. L.*, 8, 10570.
(8) *Ibid.*, p. 421-423. Ce recueil n'a sans doute été régulièrement tenu que vers la fin du règne d'Hadrien, car le Code ne contient qu'un rescrit de cet empereur. Il ne fut peut-être pas au début facilement accessible aux jurisconsultes : Julien ne cite aucun rescrit d'Hadrien et vise seulement un rescrit d'Antonin, tandis que Papinien cite 10 rescrits de l'un et 22 de l'autre. Cf. Appleton, *N. R. H.*, XXXV, 611.

le principe, n'eut qu'une autorité de raison, comme celle des jurisconsultes, a fini par s'imposer avec un caractère obligatoire; 2° ils ont étendu à tout l'empire l'application d'un certain nombre de règles de droit, qui n'étaient antérieurement obligatoires que dans une région déterminée; 3° ils ont établi des règles nouvelles sur certaines matières qui n'avaient pas encore été réglementées par la loi, telles que les fidéicommis, l'obligation alimentaire, les honoraires, les privilèges des militaires.

Les constitutions sont désignées par le nom de l'empereur mis au génitif ou par un adjectif formé avec ce nom (1).

§ 2. **Bas-Empire.** — A cette époque, les constitutions portent le nom des lois *(leges novæ* ou *novellæ)*. Elles émanent de la volonté de l'empereur : c'est la conséquence du régime de la monarchie absolue. Les restrictions au pouvoir législatif des empereurs ont disparu; en toute matière, la volonté du prince a force de loi (2). La loi n'en est pas moins le produit d'une volonté réfléchie : les projets de loi étaient habituellement préparés par le questeur du palais et soumis au consistoire (3), puis au sénat. Lorsque la rédaction en était arrêtée par l'empereur, lecture en était donnée à l'une et l'autre assemblée (4).

La loi ne peut porter atteinte à des droits acquis : c'est au Bas-Empire que l'on a formulé le principe de la *non-rétroactivité des lois* (5). Ce principe n'a pas une valeur absolue : ce n'est qu'une règle d'interprétation pour le juge. Il concerne surtout la forme des actes accomplis d'après la loi ancienne et qui conservent leur valeur malgré les changements introduits par la loi nouvelle (6). Il ne s'applique pas aux lois qui interprètent le droit antérieur, ce qui était le cas de beaucoup de rescrits sous le Haut-Empire. Une raison d'utilité publique l'a fait écarter pour les lois fixant le taux des intérêts (7).

La plupart des constitutions de cette période ont la forme d'édits, adressés à de hauts fonctionnaires (préfets du prétoire) qui sont chargés de les publier. Elles ont une valeur indépendante des circonstances qui les ont motivées : elles doivent être observées comme lois générales

(1) GAIUS, I, 53; II, 196, 221. *Lex Hadriana de rudibus agris* (BRUNS, n° 116; GIRARD, *Textes*, 883)

(2) *Nov.*, 105, c. 2, 4. Il y eut dès lors un *jus tripertitum* (*Inst.*, II, 10, 3). Cf. une inscr. du ve siècle : *bis sex scripta, prætoris volumen, condita a sanctis principibus* (*Sav. Z.*, XXIII, 444).

(3) Le consistoire a remplacé le *consilium principis*. Il comprend les quatre principaux personnages de la cour : le questeur du palais sacré, le maître des offices, le comte des largesses sacrées, le comte du domaine privé, puis les comtes du consistoire. Cf. Éd. Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 474, 480, 503.

(4) SYMMACH., *Ep.*, I, 23; THEOD., II, *C.*, I, 14, 8.

(5) THEOD., *C. Th.*, I, 1, 3 : *Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt;* THEOD., II, *C.*, I, 14, 7; JUST., c. Δέδωκεν, 23. On en trouve une application dans une loi de Constantin : *C. Th.*, IV, 1, 1; *Vat. fr.*, 249, *ad pnem.* L'idée de la non-rétroactivité apparaît, sous la République, comme une règle de conduite pour le législateur (p. 19, 8). — C. civ. 2.

(6) *Nov.*, 66, 1, 4 : *Absurdum esset id quod recte factum est ab eo, quod nondum erat, postea subverti.*

(7) JUST., *C.*, IV, 32, 26; 27.

alors même qu'elles auraient été rendues sur requête, en forme de rescrits (1). Mais pour éviter des abus qui auraient pu se produire grâce à la connivence des employés de la chancellerie, Valentinien III exige que le rescrit soit qualifié *lex generalis* (2), Justinien qu'il contienne l'interprétation d'une règle de droit (3) : tous autres rescrits n'ont pas force de loi.

L'unité de législation a subi une atteinte lors de la division de l'Empire. Cette division, d'abord purement administrative sous Dioclétien et Maximien (4) et leurs successeurs, devint effective à la mort de Théodose Ier, en 395; elle aboutit à la création de deux empires distincts, l'Empire d'Orient et l'Empire d'Occident. Entre eux, cependant, il subsista un lien : on conserva, pour la promulgation des lois, l'usage de les rendre en nom collectif, bien qu'elles soient l'œuvre de l'un ou de l'autre empereur. La décision prise par l'un est communiquée à l'autre et ne devient obligatoire dans l'Empire de celui-ci que lorsqu'elle y a été régulièrement publiée (5). Chaque prince se réserve le droit d'apprécier ce qui convient le mieux aux intérêts de ses sujets (6).

La division de l'Empire ne dura guère plus de trois quarts de siècle. L'Empire d'Occident, démembré en 430, lors de l'occupation de l'Afrique par les Vandales, disparaît en 476, lors de la déposition de

(1) Parmi les rescrits, on signale parfois l'*adnotatio* écrite au bas de la requête (*C. Th.*, I, 2. 1) et la *pragmatica sanctio*, qui est une constitution en forme de lettre (*epistola*), rédigée par un bureau spécial de la chancellerie (*C.*, XII, 33, 5 ; I, 23, 7, 1). On peut distinguer trois sortes de pragmatiques : 1° Celles qui tranchent une controverse, comme celles qui concernent les donations entre époux (Nov., 162, c. 1), les contrats des banquiers (*Ed. Justin.*, VII et IX), la condition des enfants nés d'un colon et d'une femme libre (Nov., 169, c. 2 et 3); 2° celles qui concèdent des privilèges à des particuliers ou à des corporations, pour les soustraire à la juridiction du gouverneur de la province ou pour les exempter de certaines charges (*Nov*, 69, c. 4, 2 ; *C.* X, 49, 2). Ces pragmatiques donnèrent lieu à des abus que Zénon essaya de prévenir en écartant les demandes formées par des particuliers (*C.*, I, 23, 7); 3° celles qui contiennent un règlement particulier, comme les pragmatiques qui ont trait à l'organisation des provinces d'Afrique (*C.*, I, 27, 2, 21) ou d'Italie (*Pro petitione Vigilii*) ou à l'emploi des sommes d'argent léguées aux cités (Nov., 160. Cf. *C. I. L.*, III, 7151). Certaines pragmatiques ont un caractère temporaire (remise de l'arriéré de l'impôt : *Nov. Val.*, I, 1, 1, 2 ; 2, 1). On appelle aussi pragmatiques les lettres par lesquelles les empereurs d'Orient et d'Occident se communiquent les lois qu'ils ont promulguées : *Nov. Theod*, I, 5. Cf. Mommsen, *Sav. Z.*, XXV, 51.

(2) *C.*, I. 14, 3.; 12, 2. Au ive siècle, on était plus rigoureux : Constantin refuse toute valeur aux rescrits dérogeant au droit commun (*C. Th.*, I, 2, 2 ; Arcad., 11).

(3) Les décrets n'ont force de loi que s'ils statuent sur des procès jugés en présence des parties (*C.*, I, 14, 12 pr.). L'usage des *mandata*, qui subsistait au début du ve siècle, lors de la rédaction de la *Notitia dignitatum* (Cf. Ed. Cuq, vo Mandatum, *Dict. Antiq.*, III, 1571), n'a pas tardé à disparaître : il fut rétabli en 535 par Justinien. *Nov.*, 17; 24, c. 4.

(4) Cf. sur cette division et sur l'établissement de la tétrarchie, Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 463. L'unité de l'empire fut momentanément rétablie sous Constantin, de 323 à 337. La division reparaît sous ses successeurs et fut consacrée par la création de quatre préfectures régionales : Orient, Illyrie, Italie, Gaules. Depuis 534, l'Afrique reconquise forme une préfecture distincte. Cf. Ed. Cuq, Notes sur Borghesi (*Œuvres*, X, 185-801).

(5) Il est donc très important d'observer pour quelle région la loi est faite. On peut souvent la déterminer à l'aide de l'inscription ou de la souscription de la loi, lorsqu'elle est adressée à l'un des préfets du prétoire : il suffit de consulter la liste des préfets régionaux que j'ai dressée, d'après Borghesi (*loc. cit.*).

(6) Voir par exemple pour l'Empire d'Orient, *C. Th.*, XVI, 5, 48; pour l'Empire d'Occident, *C. Th.*, XII, 1, 158.

Romulus Augustule. L'Italie change de maître et appartient à Odoacre, puis aux rois Ostrogoths. Dès lors, l'influence de l'Occident cesse de se faire sentir. L'Empire romain devient un Empire byzantin. Il conserva ce caractère lorsque Justinien eut reconquis l'Afrique en 534 et l'Italie de 540 à 554 : ces régions furent rattachées à l'Empire d'Orient. Dans la période de près d'un siècle qui s'étend de la fin de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien (476-565), le droit a été modifié sous l'influence des idées chrétiennes et des coutumes orientales. Il a été en même temps simplifié.

VI. La jurisprudence.

Le mot jurisprudence désigne ici, non pas comme de nos jours les décisions des tribunaux, mais l'œuvre des jurisconsultes ou, comme on disait anciennement, des prudents.

§ 1er. **Les Jurisconsultes.** — 1. Les Prudents. — L'étude du droit fut, à l'origine, le monopole du collège des Pontifes. Elle commença à se vulgariser à la fin du ve et au début du vie siècle. Elle s'est perfectionnée jusqu'au milieu du iiie siècle de notre ère. Elle a ensuite décliné jusqu'au milieu du ve siècle.

On ne sait rien de particulier sur les premiers juristes de Rome. L'histoire n'a conservé que quelques noms, entre autres celui du premier grand pontife plébéien, Tib. Coruncanius, qui a inauguré l'enseignement public du droit. Le premier travail d'ensemble sur le droit romain fut composé par Sextus Ælius Pætus, consul en 556; il est divisé en trois parties, d'où son nom de *Tripertita* : l'une est consacrée aux Douze Tables, l'autre à l'interprétation, la troisième aux actions de la loi (1). Après lui viennent trois jurisconsultes, Manilius (consul en 605), Junius Brutus et P. Mucius Scævola (consul en 621), à qui les Romains attribuent le mérite d'avoir fondé le droit civil; puis Q. Mucius Scævola (consul en 659), qui le premier fit un exposé systématique du droit civil; Aquilius Gallus (préteur en 687); Servius Sulpicius Rufus (consul en 703) et ses disciples.

2. Sabiniens et Proculiens. — Dès le début de l'Empire, les jurisconsultes se partagent en deux écoles rivales fondées, l'une par C. Ateius Capito (consul en 758), l'autre par M. Antistius Labeo (préteur après 758). Cette division a subsisté jusque vers le milieu du iie siècle. Pendant ce long espace de temps, les jurisconsultes de chaque école sont restés groupés autour d'un chef *(scholæ princeps)* (2). On appela les uns Sabiniens ou Cassiens du nom de deux successeurs de Capito, Massurius Sabinus, C. Cassius Longinus; les autres furent les Pro-

(1) Pomp., *D.*, I, 2, 2, 38. Cf. Wlassak, *Ber. d. Wiener Akad.*, 1926, p. 159. E. Cuq, *L'ancien droit*, p. 166, 4.

(2) Plin., *Ep.*, VII, 24, 8; Tac., *Ann.*, XII, 12. Ces groupements de jurisconsultes, la présence d'un chef nommé à vie et qui transmet son titre à son successeur, rappellent l'organisation des écoles de philosophes grecs qui servit sans doute de modèle aux écoles des jurisconsultes romains (Cic., *de Or.*, I, 13, 56). On tenait à se rattacher par une filiation spirituelle au fondateur de l'école. On établissait avec soin la succession (ἡ διαδοχή) des chefs de l'école : c'était une garantie de l'authenticité de la doctrine ou de la tradition (ἡ παράδοσις). Pomponius (*D.*, I, 2, 2, 47) procède de

culiens, du nom de Proculus, l'un des successeurs de Labéon.

D'après Pomponius, les Sabiniens et les Proculiens représentent deux tendances opposées : les premiers sont pour le maintien des traditions (1), les seconds se distinguent par leur esprit novateur. Les Sabiniens sont des conservateurs, les Proculiens des progressistes. L'assertion de Pomponius concorde avec ce que l'on sait : 1° sur l'œuvre des fondateurs des deux écoles ; celle de Capito n'a laissé aucune trace (2); Labéon a semé beaucoup d'idées. D'un savoir étendu, connaissant la grammaire, la dialectique, les antiquités (3), il est un de ceux qui ont le plus contribué à l'élaboration scientifique du droit. Sa préoccupation constante est de s'élever du particulier au général, et de fixer par des définitions ou par des classifications les notions ainsi obtenues (4); 2° sur les opinions politiques des fondateurs de ces écoles : Capito était partisan d'Auguste (5) qui se vantait d'avoir rétabli par ses lois les coutumes des ancêtres (6) ; Labéon lui fut hostile; il parvint à la préture, mais refusa le consulat (7); 3° sur une déclaration du Sabinien Cassius : en 61, dans une séance du sénat, il proteste contre les innovations projetées et demande le maintien des *instituta et leges majorum* (8); 4° sur un certain nombre de controverses qui révèlent les tendances opposées des deux écoles (9).

Sur un point cependant, en matière de procédure, les Proculiens paraissent moins avancés que les Sabiniens (10). Ils ont résisté à plusieurs innovations proposées par l'école adverse. Cette contradiction apparente s'explique : les Proculiens ont voulu rester dans leur rôle. Agrandir la sphère du droit, c'est la mission de la jurisprudence; élargir les pouvoirs du juge, le dispenser d'observer les règles traditionnelles, c'est l'affaire du législateur. Les Sabiniens n'ont pas eu de ces scrupules : en quoi ils sont entrés dans les vues du nouveau régime qui tend à faire du juge un simple fonctionnaire (11).

même pour faire ressortir le mérite de l'école sabinienne : il a soin de noter que le fondateur était le représentant de la tradition; puis il rapporte la série de ses successeurs jusqu'à Julien. Les historiens chrétiens en ont fait autant pour établir la permanence de la doctrine du Christ : ils exposent la succession des Apôtres et des pasteurs légitimes de l'Eglise. Cf. Lejay, *Hist. eccl. d'Eusèbe,* 1913, III, p. LXIII.

(1) D'après Schanz, *Philologus*, XLII, 308, les Sabiniens étaient des anomalistes. Au lieu de chercher à éliminer les dérogations aux principes, ils les acceptent par cela seul qu'elles sont consacrées par l'usage. Mais Huvelin, *Etudes sur le furtum,* 1915, I, 765, 777, 780, reconnaît que ce sont des empiriques, qui ont simplement des velléités anomalistes.

(2) Capito est cité une seule fois au Digeste (VIII, 2, 13, 1).

(3) Gell., XIII, 10, 1. Au point de vue philosophique, Labéon et les Proculiens suivent les doctrines d'Aristote, les Sabiniens, celles des stoïciens. Cf. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, 1902-1907.

(4) *D.*, IV, 3, 1, 2; XIX, 1, 17, 7; XXII, 6, 9, 2; Gaius, I, 188; III, 183.

(5) Suet., *Gramm.*, 22; Dio, LVII, 17.

(6) *Mon. Ancyr.*, *C. I. L.*, III, p. 790, c. 8, 12; *J. Gr. ad res R.*, III, 159.

(7) Gell., XIII, 12; Dio, LIV, 15. Ces divergences politiques n'ont pas persisté chez leurs successeurs. Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs,* p. 333, 3-5.

(8) Tac., *Ann.*, XIV, 43.

(9) Gaius, II, 79; I, 196; II, 231, 195. Ulp., *D.*, XXVIII, 5, 19. Cf. E. Chénon, *Etude sur les controverses entre les Proculiens et les Sabiniens,* 1881. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, 1908. Voigt, II, 228. C'est sans doute par inadvertance que Krüger, 161, affirme qu'il n'y a aucune trace de cette double tendance.

(10) Gaius, IV, 114; III, 168. Paul., *D.*, V, 3, 40 pr.

(11) La question de savoir à quelle cause il faut attribuer la division des deux

La communauté de vues entre les partisans d'une même école n'exclut pas les divergences sur des questions particulières. Il y a eu aussi des esprits indépendants qui se sont tenus à l'écart (1). A la longue il s'est fait des rapprochements sur divers points. Vers le milieu du IIe siècle, la distinction des écoles s'efface : Gaius est le dernier jurisconsulte qui se dise Sabinien. La réorganisation du conseil impérial sous Hadrien a dû contribuer à ce résultat : Hadrien appela dans ce conseil les chefs des écoles rivales, Julien et Celsus. Les décisions prises par l'empereur après délibération ne laissèrent plus de place aux dissidences et contribuèrent à assurer l'unité de doctrine (2).

3. Les grands jurisconsultes. — Les plus célèbres sont Celsus, Julien, Marcellus, Scævola, Papinien, Paul, Ulpien, Modestin. Le Proculien P. Juventius Celsus, auteur d'un Digeste composé sur le plan de l'Édit perpétuel, s'est fait remarquer par la hardiesse de ses idées, l'indépendance de son jugement, la vivacité de son esprit (3). Comme lui, son rival Julien rédigea une œuvre encyclopédique, un Digeste en quatre-vingt-dix livres (4). En sa qualité de Sabinien (5), Julien est resté, à certains égards, attaché aux idées anciennes; mais sur bien des points il a ouvert des voies nouvelles. Les théories de l'obligation naturelle, de l'hérédité jacente, de la propriété en suspens, de l'*in diem addictio* considérée comme une condition résolutoire, bien d'autres encore, attestent l'originalité de ses conceptions et la place prépondérante qu'il occupe dans la science du droit (6). Les doctrines de Julien, critiquées sur certains points et combattues par Celsus (7) et Marcellus, ont été

écoles, a été souvent agitée. Il nous paraît inutile de rapporter les solutions très divergentes qui ont été proposées. On les trouvera citées et discutées dans Baviera, *op. cit.* L'opinion la plus sûre est celle qui s'appuie sur les témoignages explicites des auteurs anciens, quoiqu'elle laisse subsister des difficultés.

(1) Tel est Titius Aristo, l'ami de Trajan et de Pline le Jeune; il annota les *Posteriores* de Labéon aussi bien que les traités de droit civil de Sabinus et de Cassius. (Ulp., *D.*, XXVIII, 5, 17, 5; VII, 8, 6; VII, 1, 17, 1.)

(2) Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 336, 2.

(3) Son manque de courtoisie est bien connu. Plin., *Ep.*, VI, 5, 4. Cf. *D.*, III, 5, 9, 1; XXVIII, 1, 27; 5, 59, 1; XL, 2, 18, 1; XLVII, 2, 69, 2. Appleton, *Quæstio Domitiana, responsum Celsinum*, 1912. Une édition critique des fragments de Celsus a été publiée par Stella Maranca, *Intorno ai frammenti di Celso*, 1915.

(4) Ce Digeste fut rédigé sous Antonin le Pieux dans une période où Julien n'exerçait aucune charge publique : il fut préteur sous Hadrien et consul dix ans après l'avènement d'Antonin. Suivant Appleton (*N. R. H.*, XXXIV, 780), l'ouvrage fut commencé sous Antonin dont Julien cite un rescrit (*D.*, IV, 2, 18) sur l'action *quod metus causa*. Ce fragment est, d'après son inscription, emprunté au livre 64, mais il y a là une erreur de copiste, car ce livre est relatif à la loi Ælia Sentia. Le texte a été extrait du livre 4, consacré à l'action *quod metus causa*.

(5) Julien fut l'élève de L. Javolenus Priscus, jurisconsulte d'un rare mérite, quoi qu'en dise Pline le Jeune (*Ep.*, VI, 15).

(6) Une inscription de Tunisie contient le *cursus honorum* d'un proconsul d'Afrique, né à Pupput, L. Octavius Cornelius, P. f., Salvius Julianus Æmilianus qui, pendant sa questure, reçut d'Hadrien une double solde *propter insignem doctrinam* (*Bull. Acad. Inscr.*, 1899, p. 368) : c'est notre jurisconsulte (p. 21, 6). Le seul doute vient du prénom *L(ucius)* au lieu de *P(ublilius)* qu'on lit dans *C. I. L.*, VI, 375. Mais la dualité de prénom est probablement le résultat d'une adoption attestée par le surnom Æmilianus. Cf. Pallu de Lessert, *Société des Antiquaires* (livre du centenaire, p. 371). Julien naquit au début du IIe siècle, vers 98, d'après Appleton, *N. R. H.*, XXXIV, 790; vers 103, d'après Girard, *Mél.*, 243, 2.

(7) Ils ont plus d'une fois traité les mêmes questions et les ont résolues en sens contraire. Mais Celsus ne cite jamais Julien, pas plus que Julien ne cite Celsus.

en grande partie accueillies par ses contemporains aussi bien que par les jurisconsultes de l'époque ultérieure (1).

Ulpius Marcellus, membre du conseil impérial sous Antonin le Pieux et sous Marc-Aurèle, doit sa réputation à son Digeste et à ses notes sur Julien, dont il a plus d'une fois rectifié et précisé les doctrines (2). Q. Cervidius Scævola, membre du conseil impérial sous Marc-Aurèle, acquit une grande autorité par ses écrits et par ses réponses aux consultations qu'on lui demandait de toutes les parties de l'Empire; il eut pour disciples Tryphoninus (3), Paul (4), peut-être Papinien (5). Celui-ci fut successivement assesseur des préfets du prétoire, secrétaire d'État *a libellis* sous Septime Sévère, préfet du prétoire en 205; il fut mis à mort à la suite du meurtre de Geta par Caracalla. C'est le plus célèbre des classiques, autant par la perfection de sa méthode et la précision de son style que par l'élévation de sa pensée (6).

Paul et Ulpien qui, après avoir été assesseurs de Papinien dans la préfecture du prétoire, devinrent à leur tour préfets sous Alexandre Sévère (7), sont surtout des compilateurs et des vulgarisateurs dont les travaux ont été largement utilisés pour la rédaction du Digeste de Justinien. On ne saurait d'ailleurs contester à Paul ni l'indépendance de son jugement (8), ni la finesse de sa critique, ni l'étendue de sa science. De son côté, Ulpien ne s'est pas borné à exposer les théories de ses prédécesseurs; il y a joint des remarques personnelles judicieuses, et en maintes circonstances il a contribué au progrès du droit.

La liste des grands jurisconsultes (9) se termine par le nom d'un élève d'Ulpien, Modestin (10). Il a été fort apprécié au Bas-Empire, parce que quelques-uns de ses travaux répondaient aux besoins et au goût de l'époque : aux commentaires approfondis, on préférait les manuels à l'usage des étudiants ou des praticiens (11).

4. Les légistes du Bas-Empire. — On sait très peu de chose sur les jurisconsultes du IVe siècle et de la première moitié du Ve. Bien rares

(1) Gaius et Pomponius invoquent souvent son autorité; Mæcianus, le professeur de Marc-Aurèle, l'appelle *Julianus noster*. Africain s'efface constamment dans ses *Quæstiones* pour laisser la parole à son maître Julien. Scævola, qui fit école à son tour, s'est plus d'une fois rangé à son avis. Paul et Ulpien ont mis largement à contribution son Digeste.

(2) Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 342.

(3) Membre du conseil impérial sous Septime Sévère (Paul., *D.*, XLIX, 14, 50), en même temps que Papinien et Messius. Cf. Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 88.

(4) Tous deux l'appellent *Scævola noster*. Paul cite une *disputatio* de Scævola à laquelle il a assisté (*D.*, XXVIII, 2, 19).

(5) Spart., *Carac.*, 8. Cf. Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 95.

(6) *D.*, XXVIII, 7, 15; XVIII, 7, 6, 1.

(7) Cf. Edouard Cuq, sur Borghesi, X, 112 et 116. Costa, *Papiniano*, t. Ier.

(8) *D.*, IV, 4, 38 pr.; XII, 1, 40; XIV, 5, 8. Cf. notre *Conseil des Empereurs*, p. 452.

(9) On trouvera les noms des jurisconsultes moins célèbres avec l'indication de leurs ouvrages dans l'*Index librorum ex quibus Digesta compilata sunt*, à la fin de l'édition du *Corpus juris* de Mommsen, I, 932. Voir aussi Ed. Cuq, v° Jurisconsulti (*Dict. Antiq.*, III, 719); Krueger, 371.

(10) Ap. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 52, 20. Il fut le professeur de droit de Maximien le Jeune (Capitolin. *Vita Max. j.*, 1, 5); il devint préfet des Vigiles entre 226 et 244. (*C. I. L.*, VI, 266.)

(11) Sur l'état de la science du droit après Modestin, cf. Hofmann, *Krit. Studien im r. R.*, 1885, p. 3-35.

étaient, dit Théodose II, ceux qui possédaient la science du droit (1). C'est à peine si l'on peut citer quelques noms comme ceux d'Aurelius Arcadius Charisius et d'Hermogenianus dont on a des extraits au Digeste, de Domnio, professeur à Béryte au milieu du IVe siècle (2), d'Anatolius qui fut préfet d'Illyrie sous Constant (3), de Léontius, professeur de droit à Constantinople en 425 (4).

Dans la seconde moitié du Ve siècle, l'école de Béryte compte un certain nombre de professeurs que les contemporains de Justinien tiennent en haute estime : ils les appellent les maîtres universels (5); chacun d'eux est qualifié excellent, illustre, clarissime (6). Le premier en date est Cyrille l'ancien, auteur d'un traité dogmatique sur les définitions (7). Les autres jurisconsultes ont plutôt commenté les constitutions des codes Grégorien, Hermogénien, Théodosien : tels sont Domninus et Démosthènes (8). Eudoxius y a joint l'étude de la jurisprudence classique, il fut le chef d'une famille de jurisconsultes célèbres en Phénicie (9) : son fils Léontius prit part à la rédaction du premier Code de Justinien; son petit-fils Anatole fut professeur à Béryte en 533. Le plus récent des maîtres universels est Patricius (10); ses travaux furent appréciés par les collaborateurs de Justinien (11) qui parfois se sont inspirés de ses doctrines (12).

Parmi les contemporains de Justinien, il en est plusieurs de célèbres. Leurs travaux sont connus en partie grâce aux extraits insérés dans les Basiliques; quelques-uns nous sont parvenus d'une façon indépendante. Théophile, docteur en droit à Constantinople en 528, professeur à l'école de droit de cette ville en 532, a été le collaborateur de Tribonien pour la première édition du Code, pour le Digeste et pour les Institutes; il est l'auteur d'un *Index* du Digeste; on lui attribue aussi une paraphrase grecque des Institutes (13). Dorothée, professeur à Béryte, fut le collaborateur de Tribonien pour le Digeste, les Institutes et la seconde édition du Code; il a publié après 542 un *Index* du Digeste (14). Isidore, professeur de droit en 533, est l'auteur d'une interprétation du Digeste et du Code (15). Thalélée, l'un des jurisconsultes les plus renommés de l'époque, a publié un commentaire du Code.

§ 2. **L'œuvre des Prudents.** — La participation des Prudents à

(1) *De Theod. Cod. auctoritate*, pr.
(2) LIBANIUS, ep. 567.
(3) Cf. Édouard CUQ, sur Borghesi, X, 439.
(4) *C. Th.*, VI, 21, 1.
(5) Οἱ τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι (*Bas.* XI, 2, 27, sc. 1). Ils sont antérieurs à la constitution d'Anastase de l'an 500, citée dans cette scolie. Cf. MORTREUIL, I, 57.
(6) Ὁ ἥρως (*Bas.*, XI, 1, 12, sc.; XXII, 1, 43 sc.); cf. VIII, 2, 78; XXI, 3, 4, sc.
(7) *Bas.*, XI, 67, sc. 1; cf. XI, 1, 5 et suiv.
(8) *Bas.*, VIII, 2, 79 et 84.
(9) *Bas.*, XI, 2, 35, sc. 1; XXII, 1, 43; XXI, 3, 4, sc. Thal. C. δέδωκεν. 9.
(10) *Bas.*, XXI, 3, 4; VIII, 2, 79; XI, 2, 35, sc. 1.
(11) P. COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, 1925, p. 132.
(12) Cf. MORTREUIL, I, 282; FERRINI, *Anecdota Laurentiana et Vaticana*, p. 49.
(13) Composée en 534 à l'usage de ses élèves. L'œuvre est médiocre, souvent inexacte (cf. CUQ, *N. R. H.*, 1877, p. 644), mais on y trouve quelques renseignements utiles puisés dans les classiques. La paraphrase a été publiée avec une traduction latine par REITZ, 1753; par FERRINI, 1897.
(14) Il cite la *Nov.* 115 qui est de 542 (*Bas.* XXXVIII, 10, 16, sc.).
(15) *Bas.*, XXI, 1, 18, sc. 1; XLVII, 1, 66-68.

la formation du droit est attestée par Cicéron. Elle a eu pour objet le développement du droit *(juris processus)* (1).

Le rôle de la jurisprudence a été, à toutes les époques, considérable. La loi, soumise au vote des comices, devait être condensée dans une brève formule pour être facilement comprise. On demandait au peuple de faire connaître son sentiment sur un principe. Il appartenait aux interprètes d'en déterminer la portée et d'en déduire les conséquences. Ils avaient aussi à fixer les formes des actes juridiques et les rites à observer pour agir en justice.

L'interprétation de la loi fut, à l'origine, un privilège de la royauté; après l'expulsion des rois, ce fut le monopole du collège des pontifes qui avait recueilli leurs attributions religieuses. La loi des Douze Tables ne porta aucune atteinte à ce privilège que les pontifes conservèrent pendant un siècle et demi. Mais au milieu du ve siècle, la plèbe qui, après avoir obtenu l'égalité civile, avait arraché au patriciat le monopole des magistratures et des sacerdoces, chercha à se soustraire à l'obligation de consulter les pontifes pour l'application pratique du droit. Pour ne plus être à la merci d'un collège organe des intérêts du patriciat, il fallait connaître les formulaires d'actes juridiques et d'actions de la loi, que les pontifes gardaient dans leurs archives, puis les jours où il était permis d'agir en justice sans s'exposer à violer la loi religieuse.

D'après la tradition, l'indiscrétion d'un scribe révéla au peuple une partie des secrets des pontifes. Gn. Flavius, l'affranchi d'Appius Claudius (censeur en 442, consul en 447), livra à la publicité la table des Fastes et un formulaire auquel on donna le nom de *Jus civile Flavianum* (2). Le premier grand pontife plébéien, Tib. Coruncanius, acheva de vulgariser la connaissance du droit, en divulguant le recueil des décisions des pontifes. Désormais l'interprétation du droit fut l'œuvre de juristes indépendants. Au lieu d'emprunter son autorité à un collège de prêtres, organe de la volonté des dieux, elle n'eut que la valeur d'une opinion individuelle. On l'appréciait d'après la raison sur laquelle elle était appuyée : raison de droit, d'équité ou d'utilité. Suivant que cette raison paraissait juste ou contestable, l'interprétation était acceptée ou écartée par les autres juristes. De là les expressions : *eo jure* ou *alio jure utimur*.

Les Prudents, comme les Pontifes, ont contribué au développement du droit en proposant des formes d'actions pour faire valoir les droits consacrés par les lois nouvelles, en adaptant les formes anciennes des actes juridiques aux besoins nouveaux de la pratique. Tel est le but des actes imaginaires, dénaturés ou fictifs. L'acte imaginaire (mancipation, paiement par l'airain et la balance, acceptilation) diffère de l'acte réel correspondant en ce qu'on supprime un des éléments essentiels de cet acte : la pesée du métal ou le paiement effectif. Les actes dénaturés se distinguent des actes réels par l'effet anormal qu'ils produisent.

(1) Pomp., *D.*, I, 2, 2, 5; 2, 12. Cicéron (*Top.*, 5) cite l'*auctoritas* des juristes à côté des lois, des édits des magistrats, de la coutume.
(2) Cf. Zocco-Rosa, *L'Ius Flavianum e l'Ius Ælianum*, 2e éd., 1915.

La mancipation par exemple est un acte dénaturé quand elle sert à réaliser une vente à crédit ou une donation, à éteindre la puissance paternelle, à faire un testament.

Un acte est fictif lorsqu'on suppose la présence d'une des conditions requises pour l'acte réel, alors qu'elle fait défaut. Tel est le cas de l'*in jure cessio* où l'on simule un procès pour réaliser un acte convenu (affranchissement, cession d'hérédité).

Les Prudents n'en sont pas restés là : ils ont eu la pensée de dégager l'idée commune à un ensemble de lois ou de décisions judiciaires et de l'exprimer dans une formule brève et précise. Telle est l'origine des règles de droit attribuées aux *Veteres*, des définitions recueillies par Q. Mucius Scævola. A dater de cette époque, les Prudents ont exercé sur le droit une influence prépondérante.

§ 3. **La jurisprudence classique.** — L'influence des jurisconsultes sur la formation du droit est due à leur autorité personnelle, aussi bien qu'à la perfection acquise par la science du droit.

Sous la République, l'autorité des jurisconsultes tient d'abord à l'estime et au respect que les Romains ont pour le droit (1) : de bonne heure, ils ont compris que le droit est une puissance morale et que sa réalisation exige la volonté, ferme et permanente (2), d'accepter les exigences de la loi. Elle tient ensuite à la séparation qui existait entre le jurisconsulte et l'avocat (3). Étranger aux débats judiciaires et aux passions qu'ils soulèvent, cherchant uniquement à se rendre utile et ne souhaitant pour prix de ses consultations que la faveur de ses concitoyens (4), le jurisconsulte reste dans une sphère plus haute, ses avis offrent plus de garanties d'impartialité. Il faut, d'ailleurs, se garder de le prendre pour un pur théoricien. Les Romains n'ont pas connu cette séparation de la théorie et de la pratique qui n'est que trop fréquente de nos jours; ils ont su les allier dans une juste mesure, grâce à l'usage de ne conclure aucun acte important sans l'avis d'un homme de loi (5).

Sous le Haut-Empire, la situation des jurisconsultes ne fut pas moindre que sous la République : presque tous ont suivi la carrière des honneurs et ont rempli les fonctions les plus élevées (6). Malgré la ruine des libertés publiques, ils ont su défendre les droits privés contre les empiétements de l'État, et dans cette tâche ils ont fait preuve d'une noblesse de sentiments digne des Romains des meilleurs temps de la République. Ils ont eu d'ailleurs pleine conscience de la grandeur de leur mission : ils la comparent à un sacerdoce (7).

(1) Cic., *De nat. deor.*, I, 2; Val. Max., VI, 5 pr. Cf. Ed. Cuq, v° Jurisconsulti (*Dict. Antiq.*, III, 716).
(2) Ulp., *D.*, I, 1, 10 pr.
(3) Cic., *De leg.*, I, 4; *Top.*, 12, 51; Sen., *Apok.*, 12. Aquilius Gallus, consulté sur un point de fait, répondit : *Nihil hoc ad jus; ad Ciceronem*.
(4) Cic., *De or.*, III, 33.
(5) *Ibid.*, I, 45; Hor., *Sat.*, I, 10.
(6) Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 336; 323, 2; 341-346; 365, 3 et 5; 389, 2; Notes sur Borghesi, *Œuvres*, t. X, p. 62, 83, 111, 116.
(7) Ulp., *D.*, I, 1, 1, 1.

La perfection de la science du droit est un fait d'autant plus remarquable que, dans toutes les autres branches du savoir humain, on constate, dès le Ier siècle de l'Empire, des signes de décadence. Seule la jurisprudence suit une marche ascendante jusqu'au temps des Sévères. Essayons de déterminer la méthode, les principes, les qualités des jurisconsultes classiques.

1. La méthode. — La méthode propre aux classiques a été inaugurée au dernier siècle de la République. Elle doit être envisagée au double point de vue de la technique et de la formation du droit.

a) *La technique.* — La jurisprudence classique s'est proposé : 1° de faciliter l'intelligence et de favoriser les progrès du droit; 2° d'agrandir la sphère d'application des règles édictées pour un cas particulier, en dégageant ce qu'elles renferment de général, puis en utilisant les principes ainsi découverts pour la solution des cas analogues; 3° de déterminer le sens des lois en tenant compte, non seulement de la lettre, mais aussi de l'esprit de la loi. Elle a fait usage de procédés divers : coordination systématique des règles de droit, interprétation par analogie, interprétation grammaticale ou logique.

1° Jusqu'au premier tiers du viie siècle, la jurisprudence ne s'élève guère au-dessus de l'interprétation littérale et de la paraphrase des textes. Les fondateurs du droit civil, Manilius, Brutus, P. Mucius, ne se distinguent pas sous ce rapport de leurs prédécesseurs; ils ne traitent que des cas particuliers : ce sont des casuistes (1). Mais le développement de la casuistique rendait la connaissance du droit plus laborieuse (2). On eut la pensée de ramener à des notions générales les décisions d'espèces, de grouper systématiquement les règles de droit en les considérant comme les éléments d'un seul tout (3). Cette transformation s'opéra sous la double influence de la philosophie et de la rhétorique grecques (4) : à la philosophie grecque, les jurisconsultes empruntèrent l'art de présenter les règles de droit dans un ordre systématique et de développer leurs idées dans un ordre logique; à la rhétorique, de nouveaux principes d'interprétation des lois et des actes juridiques.

Q. Mucius, le premier, appliqua à la composition des ouvrages de droit les principes de la logique d'Aristote : il classe les matières dans un certain ordre *(per genera)*, il les divise *per partes*. Des espèces en

(1) Un passage de Labéon fait ressortir la distance qui sépare le casuiste du jurisconsulte : *Id Brutum solitum dicere, furti damnatum esse, qui jumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat; item qui longius produxerat, quam quem in locum petierat.* A cette énumération forcément incomplète, Q. Mucius substitue la définition du *furtum usus : Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit.* (Gell., VII, 15.) Cf. Gaius, III, 196.

(2) Cicéron (*De or.*, II, 33) en fait l'observation.

(3) En cela consiste, dit Cicéron (*De or.*, I, 42, 190), l'*ars perfecta juris civilis.*

(4) Plusieurs jurisconsultes du viie siècle étudièrent les doctrines stoïciennes à l'école de Panætius : Q. Ælius Tubero, P. Rutilius Rufus, Sextus Pompeius (Cic., *Tusc.*, IV, 2; *De or.*, I, 15; III, 21; *De off.*, I, 6; III, 15; *Phil.*, XII, 11; *Brut.*, 47, 175). M. Porcius Cato, malgré son peu de goût pour l'hellénisme, résume les règles de la rhétorique grecque dans un chapitre des Préceptes adressés à son fils. (Quint., III, 1, 19.)

apparence très différentes sont rapprochées, et l'on voit apparaître le trait qui leur est commun par leur classement dans une catégorie déterminée. En même temps, Q. Mucius s'efforce de fixer le sens de certaines notions juridiques par des définitions : c'est le moyen d'introduire la précision dans les idées et de donner une base solide aux raisonnements. Tel fut le premier essai d'élaboration scientifique du droit (1). L'exécution ne répondit pas à l'intention : Cicéron reproche aux classifications de Q. Mucius d'être sans valeur doctrinale, à ses définitions d'être insuffisantes (2).

Avec Servius Sulpicius Rufus (3), le droit apparaît sous la forme d'un corps de doctrine, c'est-à-dire d'un ensemble de propositions logiquement déduites d'un certain nombre de prémisses. Cette façon nouvelle d'exposer le droit n'eut pas seulement l'avantage de satisfaire l'esprit par sa clarté : elle facilita l'application du droit. Toute solution conforme aux prémisses fut tenue pour exacte; toute solution contraire dut être rejetée. Jusqu'alors on avait résolu les questions de droit d'une manière en quelque sorte instinctive : on s'attachait à relever des détails sans intérêt juridique (4) plutôt qu'à motiver les réponses; on s'inclinait devant l'autorité morale de ceux qui les avaient émises. Désormais, on prit l'habitude d'indiquer la raison de décider, le principe sur lequel on s'était appuyé : chacun put apprécier s'il convenait de l'appliquer à l'espèce proposée.

La méthode inaugurée par Servius eut aussi pour résultat de favoriser le progrès du droit. Pour définir les notions juridiques, une analyse minutieuse de leurs éléments est indispensable. Cette analyse conduisit la jurisprudence à séparer des droits jusqu'alors confondus : tel le droit du *paterfamilias*, qui s'appliquait aussi bien aux membres de la famille qu'aux objets composant le patrimoine. On distingua d'abord le droit sur les choses *(dominium)* et le droit sur les personnes *(potestas)*. On subdivisa ensuite le droit sur les choses suivant qu'il porte sur notre propre chose ou sur la chose d'autrui; le droit sur les personnes suivant qu'il porte sur les enfants *(patria potestas)* ou sur les esclaves *(dominica potestas)*, sur la femme mariée *(manus)* ou sur un fils de famille mancipé par son père *(mancipium)*.

Le grand mérite de Servius et de ses successeurs est d'avoir compris qu'une classification n'a de valeur qu'autant qu'elle correspond à une

(1) Q. Mucius eut pour disciple C. Aquilius Gallus, l'auteur de la stipulation Aquilienne et de la formule servant à instituer les posthumes Aquiliens.

(2) Cic., *Brut.*, 41, 152.

(3) Disciple d'Aquilius Gallus (Pomp., *D.*, II, 1, 2, 2, 43), il avait été à Rhodes en même temps que Cicéron, sans doute pour y étudier la rhétorique et la philosophie avec Apollonius et Posidonius. (Cic., *Brut.*, 41; *Phil.*, IX, 5.) A la fois philosophe, orateur et jurisconsulte, Servius exerça par ses livres, au nombre de 180, et par ses réponses une grande influence sur ses contemporains. Cicéron vante l'élégance de sa parole et de ses écrits. Pomponius cite dix jurisconsultes formés à son école, et, au premier rang, Aulus Ofilius et P. Alfenus Varus.

(4) Cic., *De leg.*, II, 19, 47 : *Jurisconsulti... saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiantur.* Par exemple, au lieu de poser en règle que le complice d'un vol est passible de l'action *furti*, les anciens procédaient par voie d'énumération et visaient (Gaius, III, 202) *qui panno rubro fugavit armentum (ut alius id exciperet).*

réalité. Elle doit être fondée sur une observation attentive de l'essence ou des qualités des choses, sur une juste appréciation des rapports économiques. Si elle n'a pas pour objet de faire ressortir des différences réelles, c'est une complication inutile (1). Les jurisconsultes classiques ont su éviter ce défaut; leur intelligence des réalités pratiques se manifeste dans la distinction des causes et des modes d'acquérir, de la valeur vénale et de la valeur relative, des choses *in patrimonio* ou *extra patrimonium*, de la substance et des qualités particulières des choses, des objets de consommation et des choses d'usage, des choses principales et accessoires, des corps certains et des quantités.

2° La méthode nouvelle ne fut pas moins féconde pour le développement du droit. Les procédés des anciens étaient grossiers et d'une portée limitée : ils consistaient à détourner les actes juridiques ou de procédure de leur application normale, en rattachant l'innovation à la lettre de la loi. La jurisprudence classique a réussi à s'affranchir de ces expédients. L'habitude de motiver les réponses en recherchant la raison de la loi fournit un moyen très simple et très sûr d'agrandir la sphère d'application des règles établies pour un cas particulier : on y fit rentrer les cas non prévus, ceux-là même auxquels la loi n'avait pas songé, toutes les fois qu'il y avait même raison de décider. C'est l'interprétation par voie d'analogie.

Cette forme de raisonnement, familière aux grammairiens (2), n'était pas inconnue aux jurisconsultes du VIIe siècle, mais l'analogie qu'ils invoquent repose plutôt sur une ressemblance extérieure (3). Dès la fin de la République, l'interprétation fondée sur un raisonnement d'analogie apparaît dans les réponses de Trebatius, d'Ofilius, de Labéon (4). Cicéron la justifie parce qu'il est impossible au législateur de tout dire : on doit suppléer ce qui manque dans la loi en s'appuyant sur ce qu'elle a dit (5). L'interprétation, consacrée par l'usage, a même force que la loi (6). Les classiques ont fait une large place à l'interprétation par analogie (7); ils appliquent chaque règle de droit là où la raison de décider est la même; ils l'écartent lorsqu'il y a une raison de distinguer.

(1) Sur le rôle des définitions, divisions, classifications dans l'élaboration du droit, cf. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 1914, I, 136, 152-160.
(2) VARR., *L. l.*, X, 2. En latin, ἀναλογία se dit aussi *proportio* : QUINT., I, 6; GELL., II, 25.
(3) Voir les cas où l'on donne l'action de la loi Aquilia *quasi de rupto* : *Mulierem ejicere* (BRUT., ap. ULP., *D.*, IX, 2, 27, 22.; cf. Q. MUC., ap. POMP., 39 pr., *eod.*); *Navem perforare* (VIVIAN., *eod*, 27, 24); *Vestimenta scindere, inquinare* (ULP., *eod.*, 27, 18); *Arborem evellere* (ULP., *D.*, XLVII, 7, 7, 2); *Rationes hereditarias delere* (ULP., *D.*, X, 2, 16, 5). On trouve encore au début de l'Empire quelques exemples de cette extension de la loi, fondée sur une analogie plus apparente que réelle. Les textes la caractérisent par le mot *quasi* : quasi-usufruit, *quasi mutuum*, quasi-démence.
(4) Ap. VEN., *D*, XLIII, 23, 2. FEST., v° *Penatis*. Cf. SAB., ap. GAIUS, III, 218.
(5) CIC., *De inv.*, II, 50, 151-152; PED., ap. ULP., *D.*, I, 3, 13; JUL., *eod.*, 12.
(6) PAUL., *D.*, I, 3, 23. Cf. JUL., *eod.*, 11; ULP., *D.*, XXV, 4, 1, 11; *Inst.*, IV, 3, 10.
(7) TERT., *D.*, I, 3, 27. PAUL., *D.*, XVIII, 1, 34, 7. SCÆV., *D.*, XXVIII, 2, 29, 5. Ils ont étendu par exemple l'édit des édiles sur les vices rédhibitoires à toute espèce de vente et même au louage Pour bien marquer cette extension fondée sur une raison d'analogie, ils emploient parfois les expressions *ad exemplum, instar, per consequentias*. MOD., *D.*, XLVIII, 4, 7, 3; PAP., *D.*, XXXI, 76 pr.: 77, 29; MARC., *D.*, XLVIIII, 15, 3, 1; PAUL., *D.*, XXXIX, 6, 15; JUL., 17; ULP., *D.*, XLVIII, 19, 9, 3.

3° Comme leurs prédécesseurs, ils n'ont eu garde de négliger l'interprétation littérale : ils n'oublient pas que l'exégèse ou paraphrase du texte est leur premier devoir (1). Ils mettent tout leur soin à fixer le sens des termes obscurs ou ambigus (2) dans les lois et dans les actes juridiques. Ils savent le prix d'une langue claire et précise (3) pour prévenir les contestations et pour exclure la chicane (4). Juristes et philologues composent des traités *De verborum significatione* (5).

Tout en s'attachant à l'interprétation littérale, les classiques en ont singulièrement élargi la portée (6) : ils ont posé en principe qu'il convient de rechercher la véritable pensée du législateur lorsqu'elle paraît inexactement exprimée (7), et de faire prévaloir l'esprit sur la lettre de la loi (8). Pour y parvenir, ils emploient deux procédés indiqués par Cicéron et par les rhéteurs de la fin de la République (9).

Le premier consiste à s'aider de l'étymologie, de l'acception primitive ou usuelle du mot qui donne lieu à la difficulté, des règles de la syntaxe (10) : c'est ce qu'on appelle l'interprétation grammaticale. Le second procédé consiste à rapprocher du texte douteux d'autres passages de la même loi (11) ou de lois relatives à des matières analogues (12), à rechercher le but de la loi *(ratio legis)* (13), les faits qui l'ont motivée *(occasio legis)* (14), à montrer que les conséquences de l'interprétation proposée sont conformes à l'utile, à l'honnête, à l'équité (15), et que l'application littérale de la loi conduirait à l'absurde (16). C'est l'interprétation logique. Elle a pour résultat d'étendre ou de restreindre la portée apparente de la loi : tantôt on applique la loi à des hypo-

(1) Cic., *ad Her.*, IV, 28, 38; Ulp., *D.*, V, 3, 20, 6.

(2) Cic., *Brut.*, 41, 152. Tel le mot *servus* dans la loi Cincia; le mot *recipere* dans l'édit sur le *receptum nautarum* (Vivian., ap. Ulp., *D.*, IV, 9, 1, 6); l'expression *in potestatem reverti* dans la loi Atinia (Sab., ap. Paul., *D.*, L, 16, 215).

(3) Quintilien (V, 14, 34) vante leur *summus circa verborum proprietatem labor*.

(4) Paul., *D.*, X, 4, 19.

(5) Cf. les textes des jurisconsultes de la fin de la République et du début de l'Empire, destinés à éclaircir le sens des mots *aurum, argentum, mundus, instrumentum, penus, suppellex*, employés dans les legs : *D.*, XXXIV, 2, 32, 1 et 3; 27 pr.; 39; XXXIII, 10, 7, 1-2; 7, 12; 5 pr.; 10; 12.

(6) Les classiques font parfois usage d'autres formes de raisonnement pour déduire les conséquences qui résultent de la loi. Ce sont : 1° l'argument *a contrario* qui sert à écarter l'application de la loi dans l'hypothèse inverse de celle qui a été prévue (Paul., *D.*, XXII, 5, 18. Ulp., *D.*, XXVIII, 1, 20, 6); 2° l'argument *a fortiori* (Ulp., *D.*, L, 17, 26); 3° l'argument *a majori ad minus*, où l'on applique l'adage : « Qui peut le plus peut le moins. » Ulp., *eod.*, 21.

(7) Paul., *D.*, XXXII, 25, 1.

(8) Cic., *De inv.*, II, 48, 141; *Part. Or.*, 29, 136. Cels., *D.*, I, 3, 18. *Ibid.*, 17 : *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Cf. Quintil., *Decl.*, 331.) Mod., *D.*, XXVII, 1, 13, 2. Ter. Clem., *D.*, XXIII, 2, 48 pr.

(9) Cette influence se manifeste par l'emploi des termes familiers aux rhéteurs et par l'importance que les jurisconsultes attribuent aux définitions (ὅρος), à la solution des cas ambigus, à la distinction entre la parole et l'intention (ῥητὸν καὶ διάνοια). Ulp., *D.*, I, 3, 30; Mod., *loc. cit.* Q. Mucius et Papinien composèrent un livre ὅρων ou *definitionum*; Julien, un traité *de ambiguitatibus*.

(10) Cic., *Part. Or.*, 36, 123-126; *De inv.*, II, 17, 54.

(11) Cels., *D.*, I, 3, 24 : *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere*.

(12) Cic., *De inv.*, II, 50, 151-152. Sab., ap. Gai., III, 218. Jul., *D.*, I, 3, 12.

(13) Mod., *eod.*, 25. Ulp., *D.*, II, 15, 8, 6.

(14) Ulp., *D.*, III, 1, 5, 1; XIV, 6, 1 pr.

(15) Cic., *De inv.*, II, 41, 119; I, 38, 68; *ad Her.*, II, 11; Jul., *D.*, IX, 2, 51, 2.

(16) Cic., *Part. Or.*, 38, 132 : *ad Her.*, II, 10, 14; *de inv.*, II, 48, 141.

thèses qui, sans être visées expressément par le texte, y rentrent cependant d'après l'esprit de la loi (1); tantôt on soustrait à son application des cas qui semblent visés par le texte, mais qui sont exclus par l'esprit de la loi (2).

b) *La puissance créatrice de la jurisprudence.* — La jurisprudence classique a fait œuvre créatrice et affirmé sa puissance en donnant une valeur juridique à des institutions ou à des règles que le législateur n'avait pas consacrées (3). Le point d'appui qu'elle ne trouvait pas dans la lettre ou dans la raison de la loi, elle l'a cherché dans certaines notions supérieures empruntées à la philosophie grecque, celles d'une *societas hominum,* du *bonum et æquum.*

On s'est souvent mépris sur l'influence que la Grèce a exercée sur la formation du droit romain : on a cru qu'elle a suggéré aux Romains la notion des actes non solennels. C'est une erreur : elle a seulement fourni à la jurisprudence une raison théorique pour justifier la sanction qui leur a été donnée. Ces actes, conformes à l'usage des honnêtes gens, ont été pendant longtemps usités à Rome (4), bien que dépourvus de sanction civile. Pour les faire entrer dans la sphère du droit et leur assurer la sanction qui leur faisait défaut, Q. Mucius fit valoir qu'ils étaient nécessaires aux hommes vivant en société : cette nécessité doit tenir lieu de loi (5). C'était une vérité reconnue par les peuples avec lesquels les Romains étaient en relations, notamment par les Grecs. Les tribunaux romains furent autorisés à appliquer cette règle aux étrangers aussi bien qu'aux citoyens. Tel fut le point de départ du *jus gentium* qui reçut par la suite un large développement.

Parmi les notions qui ont servi de point d'appui à la jurisprudence pour créer le droit, la plus féconde est celle de l'équité. On ne peut énumérer ici toutes les règles qui en découlent. On citera à titre d'exemple la théorie de la demeure, de la faute contractuelle, la notion du gain intérimaire, du concours de deux causes lucratives, la distinction des diverses sortes d'impenses. Aucune loi n'a consacré ces règles : elles ont été unanimement acceptées et appliquées lorsque la jurisprudence eut démontré qu'elles étaient conformes à l'équité.

(1) Pap., ap. Ulp., *D.*, XXIV, 1, 32, 16. Paul., *D.*, VI, 1, 27, 3; IX, 1, 4. Ulp., *D*, XXXVIII, 17, 2, 23 et 40; Paul., *eod.*, 6, 1. Il ne faut pas confondre l'interprétation extensive avec l'application de la loi par voie d'analogie : la première exprime ce que le législateur a voulu dire alors qu'il s'est mal expliqué (Gaius. III, 76); la seconde, ce qu'il aurait dit s'il avait pu songer à l'hypothèse nouvelle que la pratique a fait naître. Ici le jurisconsulte sort du rôle d'interprète : il crée le droit, mais en s'appuyant sur un principe posé par la loi et dont il déduit la conséquence. — On ne confondra pas non plus l'interprétation due à la jurisprudence et qui porte le nom d'interprétation doctrinale avec celle qui émane du sénat et le plus souvent de l'empereur (p. 25; 31).

(2) Paul., *D.*, X, 4, 19. Ulp., *loc. cit.*, 29.

(3) Il est d'autant plus nécessaire d'insister sur ce point qu'il est plus méconnu. Bien des juristes modernes en sont restés aux procédés d'interprétation des Prudents du temps de Cicéron : ils ne paraissent pas se douter de la méthode des classiques. Ils se sont fait, dit M. Gény (*Méthode d'interprétation,* p. 133), « un système tout entier en formules et en catégories pures qui a rendu la jurisprudence stérile et même rebelle au progrès ».

(4) Cæcil., ap. Gell., XX, 1, 41 : *Hanc fidem majores nostri... in negotiorum contractibus sanxerunt, maximeque in pecuniæ mutuaticæ usu atque commercio.*

(5) Cic., *De off.*, III, 17.

Ces indications suffisent pour montrer comment la jurisprudence, s'élevant au-dessus des textes législatifs, peut faire œuvre créatrice. Elles prouvent en même temps que tout le droit n'est pas dans la loi écrite ou la coutume : ce qu'il y a de meilleur peut-être dans la législation romaine ne vient ni d'un vote du peuple ni de l'édit du Préteur, mais de la jurisprudence. S'inspirant de quelques idées philosophiques, elle a réussi à briser les cadres trop étroits du droit ancien, à ouvrir des perspectives nouvelles sans se laisser égarer par des chimères, sans oublier que sa mission est de formuler des conclusions pratiques.

2. Les principes. — Si le droit du Haut-Empire a mérité le nom de classique, ce n'est pas seulement en raison de sa méthode : il s'inspire d'un certain nombre de principes qui, aujourd'hui encore, forment l'idéal du droit de tout peuple civilisé (1).

1° Tout homme libre, résidant sur le territoire de Rome, peut, sauf le cas de guerre, invoquer la protection de la loi.

Le droit classique a répudié la maxime d'après laquelle les citoyens seuls ont des droits. Rome n'est plus un État fermé : ses conquêtes, ses relations commerciales ont amené sur son territoire un grand nombre d'habitants qui ne sont ni citoyens ni alliés : ce sont des pérégrins sans *commercium*, ou des esclaves. Ils forment dans la société romaine un élément permanent dont le droit ne peut faire abstraction sans manquer son but. L'idéal eût été de reconnaître des droits à tous les hommes. Les Romains ont beaucoup fait pour réaliser le principe de l'égalité de droit : ils y ont presque réussi pour les étrangers; ils en ont consacré quelques applications pour les esclaves.

2° Les membres de la famille ont des droits contre le chef : le père est tenu de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, de payer leur rançon s'ils sont captifs, de doter sa fille. C'est une atteinte grave portée à l'organisation antique de la famille, et un acheminement vers la reconnaissance des droits individuels. Mais le fils seul jouit, dans une mesure assez large, de la capacité juridique.

La situation de la femme est profondément modifiée : *sui juris* et ingénue, dès qu'elle a douze ans, elle n'est plus en tutelle que pour la forme; *alieni juris*, le mariage lui procure une certaine indépendance vis-à-vis de son père, qui ne peut ni la retenir chez lui contre le gré de son mari ni signifier le divorce à son gendre. Elle n'est pas moins indépendante vis-à-vis de son mari, car, même si elle est *in manu*, elle peut divorcer et, la répudiation une fois signifiée, forcer son mari à la libérer de la *manus*. Cependant Pap., *D.*, 1, 5, 9, rappelle son infériorité.

3° La parenté naturelle est prise en considération par la loi. Elle est désormais une source de droits (2).

(1) Guizot (*Hist. de la civilisation*, II, 357) a dit et l'on a répété après lui : « Les jurisconsultes romains n'examinaient point ce que nous appelons les principes généraux du droit, le droit naturel...; ils furent des dialecticiens d'une finesse et d'une vigueur admirables, non des philosophes. » Guizot a confondu les casuistes antérieurs à Q. Mucius avec les classiques. Bossuet a plus sainement apprécié la jurisprudence romaine lorsqu'il déclare que « nulle part on ne trouve une plus belle application des principes de l'équité naturelle ».

(2) Droit à la *bonorum possessio unde cognati* ou *contra tabulas*, à l'hérédité d'après

4° C'est une maxime de la philosophie grecque qu'il n'y a pas de société humaine possible là où il est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui. Ce principe a été consacré, non pas d'une manière absolue, ce qui eût été excessif, mais dans une juste mesure et sous certaines conditions. On s'est efforcé de réprimer soit le préjudice injustement causé à autrui, soit l'acquisition injustement réalisée aux dépens d'autrui (1) : dans le premier cas, la réparation se calcule d'après le dommage subi par le demandeur *(quanti interest)*; dans le second, d'après l'enrichissement du défendeur *(quanti locupletior factus est)*. Ce principe est étranger à la matière des délits : il s'applique uniquement dans les rapports contractuels ou quasi contractuels (2); il suppose que l'une des parties a agi sans droit (3) et contrairement à l'usage (4).

5° Le rôle du juge a été élargi : il n'a pas seulement pour mission de dire qui a tort ou qui a raison, comme dans l'action de la loi par serment ou dans l'action réelle *per sponsionem*, il a aussi le devoir de fixer le montant de la condamnation. Son pouvoir est plus ou moins étendu : en matière personnelle, suivant que l'action est de bonne foi ou de droit strict (5); en matière réelle, suivant qu'il est ou non saisi d'une formule pétitoire.

6° En matière d'interprétation, le droit classique a reconnu, avec la philosophie grecque, que l'application strictement logique du droit est souvent injuste (6) : *summum jus, summa injuria* (7). Il a posé en principe qu'il faut tenir compte des raisons d'équité et d'utilité (8). En cas de doute, on doit préférer l'interprétation la moins sévère (9).

Ce principe n'a pas triomphé sans résistance (10). Quintilien s'est fait

les Sc. Tertullien et Orfitien, droit à la plainte d'inofficiosité, droit de faire partie du conseil de famille appelé à donner son avis sur certaines questions intéressant les pupilles.

(1) Pomp., *D.*, XXIII, 3, 6, 2 : *Bono et æquo non convenit... aut lucrari aliquem... cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* Ce principe était déjà connu de Labéon (ap. Ulp., *D.*, XLVIII, 4, 1, 1) et de Proculus (ap. Paul., *D.*, XIV, 3, 17, 4). Cf. Cic., *De off.*, III, 5.

(2) En y comprenant les obligations imposées au demandeur ou au défendeur à une action réelle.

(3) Paul., *D.*, L, 17, 151; Treb., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 24, 12.

(4) Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la séparation (Paul., *D.*, X, 1, 4, 2). Dans la vente et le louage, on peut se circonvenir mutuellement : Hor., *Ep.*, II, 2, 10; Pomp., ap. Ulp., *D.*, IV, 4, 16, 4; Paul., *D.*, XIX, 2, 22, 3.

(5) Sen., *de ben.*, III, 7, 5 : *Judicem... formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adjicere et sententiam suam non prout lex et justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.* Cf. Venul., *D*, XLV, 1, 137, 2.

(6) Gaius, *D.*, XLI, 1, 7, 5; Pap., *D.*, XI, 7, 43. Plusieurs textes désignent cet abus par le mot *subtilitas,* mais ces textes sont suspects. Jul., *D.*, XXVIII, 2, 13 pr.; Pomp., *D.*, XL, 4, 4, 2; Pap., *D.*, XXVIII, 3, 17; Ulp., *D.*, XXXIV, 5, 10. Ils expriment en tout cas une idée qui avait cours au temps des Antonins. *Vat. fr.*, 314 : *T. Antoninus... non admitti scrupulosam inquisitionem statuit.* Cf. Ulp., *D.*, XXVIII, 5, 1. Le mot *subtilitas* est dans Gaius, IV, 30.

(7) Cic., *De off.*, I, 10, 33. Cf. Ter., *Heaut.*, IV, 5, 48; Ulp., *D.*, XL, 5, 24, 10.

(8) Jav., *D.*, L, 17, 200. *Utilitas publica :* Pap., *D.*, XI, 7, 43. *Utilitas privata :* Lab., ap. Venul., *D.*, XLIII, 23, 2; Ped., ap. Ulp., *D.*, I, 3, 13; Tryph., XLVI, 3, 10; Paul., *D.*, VIII, 2, 20, 2. Autres exemples dans Taubenschlag, *M. C.*, II, 499.

(9) Gaius, *D.*, L, 17, 56. Marcel., *eod.*, 192, 1. Paul., IV, 12, 5 : *humana ratio.* Sen., *De ben.*, III, 7, 5; Pomp., *D.*, XL, 4, 4, 2; Ulp., *D.*, XXXIV, 5, 10, 1.

(10) Q. Mucius (Cic., *p. Cæc.*, 28, 79); Servius Sulpicius Galba (*Ibid.*, 24, 69); Aqui-

l'interprète des partisans de l'ancien système : il est inutile, dit-il, de faire des lois si l'on peut discuter devant le juge leur justice, leur équité, leur opportunité pour la cité (1). Il y a évidemment une question de mesure. Il s'agit, en pratique, de faire prévaloir l'esprit sur la lettre de la loi, la volonté des parties sur les termes qui la manifestent (2), même dans les actes solennels (3). Celui qui abuse de la lettre dans l'interprétation d'un acte juridique commet une *captio*, une *calumnia* contre laquelle on se défend par une exception de dol; celui qui abuse de la lettre dans l'interprétation de la loi commet une fraude qui est traitée comme une violation de la loi (4). Au IIIe siècle, le principe a définitivement prévalu (5).

7° Le formalisme, sans être entièrement banni des actes juridiques et de la procédure, n'est plus considéré comme indispensable : on lui trouve plus d'inconvénients que d'avantages (6). Aussi, n'est-il plus créé d'actes juridiques solennels (7); l'accord des volontés *(nuda voluntas)* suffit. De nombreuses atténuations sont apportées à la rigueur du droit ancien : il n'y a plus de termes sacramentels; les synonymes sont autorisés (8). Certains actes solennels, comme l'adition, l'affranchissement, peuvent se faire sans solennité; d'autres disparaissent *(nexum, vadimonium)*. On valide certains actes nuls *ab initio* (9), ou l'on permet une confirmation subséquente (10).

3. Qualités des classiques. — Deux qualités distinguent les écrits des classiques : la précision et l'élégance. La précision n'est pas seulement une question de style ou de forme : elle se manifeste surtout dans la conception du droit. Les règles de droit doivent être si bien coordonnées qu'il n'y ait place à aucune incertitude; par suite, l'erreur

lius Gallus (*Ibid.*, 27, 77); Trebatius (ap. Proc., *D.*, XXXIII, 6, 12); Servius Sulpicius Gallus Rufus (*loc. cit.*); Alf., *D.*, XXX, 106; XVIII, 1, 40, 3.

(1) Quint., *Decl.*, 264.

(2) La jurisprudence s'est engagée dans cette voie dès le temps de Cicéron : Serv., ap. Cels., *D.*, XXXIII, 10, 7, 2. Cf. Pap., *D.*, II, 15, 5; XXXV, 1, 102; Ulp., *D.*, VII, 8, 12, 2.

(3) *Animus stipulantium* : Ulp., *D.*, II, 14, 7, 12. *Animus novandi* : Ulp., *D.*, XLVI, 2, 8, 5.

(4) Paul, *D.*, X, 4, 19. Voir p. 129.

(5) Pap., *D.*, XXIX, 7, 13, 1; Val., Gall., *C.*, IV, 22, 1; Diocl., *C.*, VIII, 48, 2.

(6) M. Gény (*op. cit.*, 156) semble reprocher au droit classique d'avoir substitué au système des catégories formelles celui des catégories réelles, c'est-à-dire d'avoir caractérisé les institutions juridiques par leurs éléments substantiels. Nous croyons qu'il a plus justement apprécié le rôle de ces catégories en disant (p. 158) que les Romains y ont vu « des approximations idéales ayant pour but de faire avancer la science, sans pouvoir en entraver le progrès, bref des instruments souples, prêts à se plier constamment aux exigences sociales et à tous les besoins de la vie ». Les preuves abondent pour l'époque impériale, et l'on peut en citer du temps de Cicéron : Servius admet la combinaison du droit réel et du droit de créance dans la servitude *oneris ferendi*, comme on l'admettra plus tard pour la superficie et d'autres droits réels. Sur l'utilité des constructions juridiques, cf. Meynial, *N. R. H.*, XXV, 384.

(7) La cession de biens, introduite sous Auguste par la loi Julia, exige cependant une déclaration *in jure* qui fut supprimée en 386 par Théodose (*C. Th.*, IV, 20, 3). Mais déjà au IIIe siècle, Marcien admet la validité d'une déclaration par lettre ou par messager (*D.*, XLII, 3, 9).

(8) Gaius, I, 149; II, 193, 201, 281; III, 92, 93, 117, 127. Mod., *D.*, XXVIII, 5, 61; Ulp., *D.*, XLVI, 4, 8, 4.

(9) Pap., *D.*, XXVIII, 3, 17.

(10) Marcel., *D.*, I, 7, 38; Callistr., *cod.*, 29; Mod., *D.*, XXVI, 3, 1, 1.

de droit ne peut être prise en considération, comme l'erreur de fait (1).

L'élégance n'est pas non plus une simple affaire de forme, bien que les classiques parlent une langue plus pure que leurs contemporains. L'élégance consiste à trouver les moyens de tempérer la rigueur de la logique pour donner satisfaction à l'équité. C'est là une qualité qu'on a souvent méconnue dans les jugements qu'on a portés sur la jurisprudence romaine. Depuis que Leibnitz a comparé le droit romain à la géométrie et aux mathématiques pour la rigueur des déductions logiques, on a perdu de vue que les classiques ont su allier la force de raisonnement du géomètre avec le bon sens du praticien et la flexibilité d'esprit nécessaire à l'invention scientifique (2). Guizot, par exemple, a dit : « Ce qui domine dans le jurisconsulte, c'est l'habitude de pousser un principe jusqu'à ses dernières conséquences. La subtilité, la vigueur logique, l'art de suivre, sans en jamais perdre le fil, un axiome fondamental dans son application à une multitude de cas différents, tel est le caractère essentiel de l'esprit légiste : les jurisconsultes romains en sont le plus éclatant exemple. » Ailleurs, il les compare aux théologiens du moyen âge qui, dit-il, « sont parvenus aux mêmes mérites, c'est-à-dire à la rigueur et à la subtilité logiques en tombant dans les mêmes défauts, c'est-à-dire dans l'absence de toute étude des faits en eux-mêmes et de tout sentiment de la réalité. »

Ce jugement doit être réformé : les Prudents n'ont jamais cessé de rester en contact avec la pratique. Si le droit a commencé par être interprété avec une rigueur telle qu'on a pu qualifier la période antique « période du droit strict », il n'a pas tardé à perdre sa raideur et sa pointe. Les doctrines juridiques se sont transformées en même temps que les doctrines morales. Le contraste entre la dureté romaine sous la République et sous les premiers empereurs et la douceur que Marc-Aurèle a mise au rang des vertus (3), se reproduit dans la sphère du droit. L'adoucissement des mœurs publiques a eu son contre-coup sur l'interprétation du droit. Comme les philosophes, les jurisconsultes ont renoncé aux formules absolues : à la stricte application des principes *(stricta ratio)*, ils opposent une raison supérieure *(summa ratio)*, fondée sur l'utilité ou sur l'équité et qui doit prévaloir en cas de conflit (4).

Pour concilier la loi avec l'équité, les classiques ont fait usage de définitions et de distinctions si ingénieuses et si vraies, que leurs successeurs n'ont pu s'empêcher d'en faire ressortir l'élégance. On trouve déjà chez Labéon (5) et même chez Servius (6), quelques exemples de distinctions analogues, mais elles se multiplient surtout à partir du

(1) Nerat., *D.*, XXII, 6, 2.

(2) On a trop souvent pris à la lettre le mot de Leibnitz, et on en a conclu que « l'éducation juridique est purement dialectique ». Cette idée fausse a produit une conséquence que M. Gény a signalée (*op. cit.*, p. 48). On a établi une opposition entre les sciences juridiques pures et les sciences politiques ou économiques, réservant à celles-ci la flexibilité des conceptions, la souplesse des méthodes que l'on refusait à celles-là.

(3) Cf. J. Martha, *les Moralistes dans l'Empire romain*, p. 234.

(4) Pap., *D.*, XI, 7, 43. Cf. Ulp., *D.*, XL, 5, 24, 10.

(5) Ap. Proc., *D.*, XXXII, 86 : Jul., *D.*, III, 5, 6, 6; Ulp., *eod.*, 3, 9.

(6) Ap. Afr., *D.*, XIX, 2, 35 pr.

IIe siècle (1). Les jurisconsultes de cette époque ont largement pratiqué l'art de saisir les nuances qui séparent les espèces, afin de donner pleine satisfaction à l'équité. C'est là un art difficile, qui doit être exercé avec mesure et dont la portée n'a pas été toujours comprise (2). Que l'art soit difficile, il suffit pour s'en convaincre de voir à quels résultats aboutirent, au moyen âge, Bartole et ses disciples. Suivant la maxime : *qui bene distinguit bene docet,* ils ont poussé jusqu'à l'absurde la manie des distinctions et jeté la confusion dans les matières qu'ils avaient la prétention d'expliquer.

Appréciés au point de vue de nos idées modernes, les écrits des classiques présentent une particularité qui doit être signalée : l'absence de théories générales. En maint endroit, les jurisconsultes déterminent les conditions de validité de tel ou tel acte juridique : ils n'ont pas formulé la notion de l'acte juridique ni la théorie des nullités. De même ils s'occupent de l'erreur et de son influence dans les cas les plus divers : ils n'ont pas jugé utile de présenter une théorie de l'erreur. Cette abstention volontaire révèle une jurisprudence sûre d'elle-même et qui n'attache d'importance qu'à la fin pratique qu'elle a mission de réaliser.

§ 4. **La jurisprudence au Bas-Empire.** — Les traditions du droit classique se sont conservées jusqu'à Dioclétien : le style des rescrits de cet empereur a de la fermeté et de la précision (3). Mais à partir de Constantin, la décadence est rapide. Malgré les privilèges accordés aux étudiants de l'école de Béryte, la science du droit est délaissée. Le brusque déclin de la haute culture juridique a sans doute une cause profonde ; les esprits d'élite s'étaient tournés d'un autre côté : ils se consacraient à l'étude de la théologie chrétienne ; ils se passionnaient pour les questions religieuses ; la discussion des questions de droit faisait place aux querelles entre orthodoxes et hérésiarques. La science du droit, qu'avaient illustrée les Manilius, les Scævola, les Servius, n'était plus, suivant Mamertin, qu'un métier d'affranchi (4) ; elle n'était pas désintéressée. Les gens de loi de Byzance furent plutôt des hommes d'affaires que des jurisconsultes (5). L'État sentit la nécessité de propager la connaissance et l'art du droit ; il prit à sa charge les traitements des professeurs des grandes écoles de droit.

Les écrits des légistes des IVe et Ve siècles sont, pour la plupart, de simples compilations, comme les Fragments du Vatican, la *Collatio* et la *Consultatio*, ou l'adaptation au droit en vigueur de quelques ouvrages classiques, comme l'*interpretatio* des Sentences de Paul et des Institutes de Gaius.

(1) Exemples : Nerva, ap. Ulp., *D.*, XII, 1, 11 pr. ; Nerat., ap. Ulp., *D.*, X, 4, 3, 11 ; Cels., ap. Ulp., *D.*, IV, 8, 21, 11 ; XII, 1, 32 ; I, 1, 1 pr. ; Jul., ap. Ulp., *D.*, XXI, 2, 21, 1 ; XLIII, 24, 7, 3 ; Pomp., ap. Ulp., *D.*, IV, 2, 9, 1 ; IV, 3, 7 pr. ; XII, 6, 23 pr. ; XVII, 1, 19 ; XXIV, 3, 14, 1 ; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XIII, 1, 12 pr. ; Scaev., ap. Ulp., *D.*, XXXVII, 8, 1, 16 ; Callistr., *D.*, XIV, 2, 4, 2 ; Ulp., *D.*, XXXVI, 3, 1, 13.

(2) Voir Denis, *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité*, II, 198.

(3) Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 499.

(4) *Gratiarum actio Juliano*, 20.

(5) J. Maspero, *P. Caire*, 67032. Cf. Ed. Cuq, *Rev. Philol.*, 1911, p. 351.

Vers le milieu du v[e] siècle, une certaine activité scientifique se manifeste en Orient dans les écoles de philosophie (1) et dans les écoles de droit. Dans celles-ci, elle eut sans doute pour point de départ les recherches provoquées par la préparation du Code Théodosien. L'attention se porta sur les textes législatifs qu'on avait depuis longtemps négligé d'étudier. Les professeurs de l'école de Béryte se distinguèrent entre tous par leurs travaux exégétiques et dogmatiques sur les constitutions impériales (2). Quelques-uns y joignirent l'étude des classiques (3); leurs travaux facilitèrent la tâche des commissaires chargés par Justinien de la rédaction du Digeste. Tel est le cas de Cyrille, dont le commentaire sur les pactes a été hautement apprécié et utilisé par les contemporains de cet empereur (4).

Sous Justinien, la jurisprudence prend un nouvel essor. Au contact des écrits des classiques, que l'on avait recueillis pour en extraire les lois insérées au Digeste, l'étude du droit redevient florissante. S'inspirant des modèles qu'ils avaient sous les yeux, les jurisconsultes ne se contentent pas d'expliquer les textes; ils s'efforcent de dégager les principes qu'ils contiennent et d'en déduire les conséquences. Leurs écrits témoignent de leur habileté à classer et à coordonner les dispositions dont ils avaient fixé le sens en se reportant aux textes originaux.

Parmi ceux qui sont parvenus jusqu'à nous, ou dont on a des fragments importants, on citera la paraphrase des Institutes par Théophile, le commentaire du Digeste par Stéphane (5), celui du Code par Thalélée (6),

(1) Sur l'école de philosophie d'Alexandrie, cf. J. Maspero, *Horapollon*, p. 180.
(2) Heimbach, *Bas.*, t. VI, p. 8; Mortreuil, *Hist. du droit byzantin*, I, 257.
(3) Sur les scolies découvertes au monastère du Sinaï, voir *B. C. H.*, 1880, p. 449; Riccobono, *Bull. d. R.*, 1898, p. 297; on les attribue à l'école de Béryte. On attribue à celle d'Alexandrie les scolies grecques sur les Réponses de Papinien, qu'on a trouvées en Egypte (Krüger, *Collectio*, III, 287). Cf. Ed. Cuq, *Dict. Ant.*, III, 726, 6.
(4) *Bas.*, XI, 1, 67, sc. 1.
(5) C'est le plus étendu et le plus souvent cité aux Basiliques. L'auteur présente d'abord un aperçu du titre (*Bas.*, XXII, 5, 1, sc. 2; XXIV, 1, 1, sc. 1), puis l'*index* des passages qu'il a commentés (*Bas.*, XXII, 5, 31, sc. 1, 2; XXIII, 3, 34, sc. 1). Il lit ensuite le texte, en donne la paraphrase en faisant ressortir le sens que lui a attribué le jurisconsulte qui l'a écrit. Viennent ensuite des annotations sur les passages difficiles (*Bas.*, XIV, 1, 29, sc. 1), avec des questions et des réponses sur les points controversés (*Bas.*, VIII, 2, 59 *in fine*; XI, 1, 83, sc. 1). — Il y a des traces d'autres commentaires du Digeste, ceux de Théophile (*Bas.*, XXIII, 1, 25, sc. 1. Cf. Reitz, 417, 1066), de Dorothée (*Bas.*, XI, 1, 39, sc. 1; 40, sc. 1; XIV, 1, 57, sc. 5), d'Isidore (p. 37, 15); de nombreux extraits de celui de Cyrille. Ce jurisconsulte, qu'il ne faut pas confondre avec son homonyme du v[e] siècle, a dégagé sous une forme concise les principes formulés dans le Digeste. — On doit également citer deux jurisconsultes, de la fin du vi[e] siècle : Théodore, originaire d'Hermopolis en Thébaïde, qui fut élève de Stéphane et avocat à Constantinople (*Bas.*, XI, 1, 74, sc. 1; 84, sc. 1); Cobidas (*Bas.*, XXII, 5, 31, sc. 1).
(6) Ce commentaire, dont il y a de nombreux extraits aux *Basiliques*, comprend trois parties : une introduction, une traduction littérale des constitutions latines ou un résumé des constitutions grecques, des observations contenant l'interprétation de la loi (cf. *Bas.*, XXI, 3, 18, sc. 1; 19, sc. 2; 21, sc. 1; XIV, 1, 86 *in fine*; VIII, 1, 40 *in fine*, où il signale la mutilation d'un texte par les compilateurs). On y trouve des références au droit classique et aux écrits des jurisconsultes du v[e] siècle. *Bas.*, XXIX, 1, 119, sc. 1, sur l'action *rei uxoriæ*; XVII, 2, 3, sc. 14, sur l'exception *rei in judicium deductæ*; VIII. 2, 84, etc. Ce commentaire fut achevé peu après 534; en citant une constitution de 474, Thalélée dit qu'elle a été rendue depuis plus de cinquante ans (*Bas.*, VIII, 1, 28).

celui des Novelles par l'Anonyme (1), par Athanase, par Théodore d'Hermopolis (2).

Le professeur Stéphane jouit d'une grande réputation à la fin du règne de Justinien (3); il a interprété le Code et les Institutes; dans son commentaire du Digeste on trouve des renseignements sur le droit classique (4), mais on y a relevé quelques erreurs (5). Julien, surnommé le Flambeau du droit, fut professeur à Constantinople et rédigea vers 555 un abrégé en latin des Novelles. L'avocat Athanase (d'Emèse en Syrie) a composé un abrégé des Novelles, divisé en 22 titres, d'après les matières qui y sont traitées. Enfin, Jean d'Antioche, dit le Scolastique (6), a publié, alors qu'il était simple prêtre (7), une collection canonique qu'il a fait suivre d'un appendice en 87 chapitres, contenant le texte abrégé des Novelles relatives aux matières ecclésiastiques.

La jurisprudence eut d'ailleurs une tâche moins étendue à remplir que sous le Haut-Empire. Elle n'avait plus à faire œuvre créatrice, à combler les lacunes de la loi, à adapter le droit aux besoins de l'état social : c'est à l'empereur que ce soin incombait. Jurisconsultes ou praticiens ne pouvaient que solliciter son intervention (8). L'œuvre de la jurisprudence a consisté à expliquer les lois, à rechercher les principes dont elles étaient l'expression et à les coordonner. Son activité a été d'autant plus méritoire que certaines mesures prises par Justinien devaient la paralyser. Résolu à mettre un terme à l'incertitude du droit dont se plaignaient juges et plaideurs, il interdit tout commentaire des textes législatifs (9). Il ne permet que les traductions littérales, les tables de concordance *(paratitla)*, les tables de matières *(indices)*.

Les jurisconsultes contemporains ont réussi à se dégager des entraves imposées à leur liberté. Ils ont tout d'abord affirmé leur indépendance dans l'enseignement oral donné dans les écoles de droit. Il n'y avait plus, il est vrai, dans l'Empire, que trois écoles pourvues de professeurs nommés et rémunérés par l'État : celle de Béryte, la plus ancienne et la plus célèbre (10); celle de Constantinople, organisée par Théodose le Jeune en 425 (11); celle de Rome, rétablie en 554 (12). Jus-

(1) Sur cet ouvrage dont on a de nombreux extraits, mais dont on ne connait pas l'auteur, cf. Zachariæ, *Mém. Acad.*, Saint-Pétersbourg, XXXII, n° 16, Noailles, 200. Peters, *Oström. Digestenkommentare*, 12, l'identifie avec l'Enantiophanes.

(2) Le *Breviarium* de Théodore contient un abrégé de chaque Novelle avec l'indication des décisions analogues. Il a été édité par Zachariæ, Ἀνέκδοτα, 7.

(3) Cf. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, I, 291.

(4) *Bas.*, XXII, 6; XXIX, 1, sc. 8, et surtout les scolies publiées par Zachariæ dans le supplément de l'édition d'Heimbach.

(5) Cf. Ferrini, *Studi giur. per l'VIII Centenario di Bologna*, p. 83.

(6) Parce qu'il fut d'abord avocat. Il fut ensuite prêtre, puis patriarche de Constantinople de 565 à 578.

(7) Le texte et la préface datent de l'époque où Jean était patriarche, mais le recueil a été formé lorsque Jean était à Antioche. Cf. Noailles, *Les collections de Novelles de l'empereur Justinien*, 1912, p. 231.

(8) *Advocatio Illyriciana* (*C.*, VI, 38, 5), *Secundæ Syriæ* (*C.*, II, 7, 24).

(9) *C.*, *Omnem*, 8; *C.* δέδωκεν, 21; *C.*, I, 17, 1, 12; 2, 21.

(10) Elle existait dès le IIIe siècle, sous Alexandre Sévère (Greg. Thaumat., *P. G.*, X, 1467. Au IVe siècle, Libanius l'appelle τῶν νομων μητέρα (ep. 566). Justinien la qualifie *legum nutricem* (*C.*, *omnem*, 7).

(11) *C. Th.*, XIV, 9, 3.

(12) Cassiod., *Var.*, IX, 21; Pragm., *Pro petitione Vigilii*, 22.

tinien avait supprimé en 529 l'école d'Athènes (1), en 533 les écoles d'Alexandrie et de Césarée de Cappadoce (2).

Pour répondre aux besoins de l'enseignement, les professeurs composèrent des lexiques des termes de la langue juridique *(glossæ nomicæ)* (3); puis ils se mirent à dicter à leurs élèves et à publier soit des commentaires exégétiques ou dogmatiques, soit des observations sur les questions controversées. Pour déterminer le sens ou la portée d'un texte, ils estimèrent que le procédé le plus sûr était de se reporter à l'original sans avoir égard aux remaniements qu'on lui avait fait subir (4). Ils firent ainsi prévaloir les droits de la science (5). Cette activité de la jurisprudence fut d'ailleurs éphémère. Vingt ans après la mort de Justinien, on ne trouve plus de jurisconsultes dont les travaux méritent d'être cités.

§ 5. **Réponses des prudents.** — Ce mode de formation du droit est une singularité de la législation romaine; il s'explique par des usages qui nous sont étrangers. Il se rattache, par son origine, à un changement qui s'est produit, au cours du VIIe siècle de Rome, dans l'interprétation du droit. La tâche du juge était relativement facile à une époque où l'on appréciait les actes juridiques d'après un critérium purement matériel, où l'on recherchait uniquement si l'on avait prononcé certaines paroles ou accompli certaines solennités. Mais, lorsqu'on commença à tenir compte de l'intention des parties, le jugement des procès devint une affaire délicate. Puis, à mesure que le droit devint une science indépendante, il fallut une étude spéciale, jointe à l'expérience du forum, pour le bien connaître.

Le juge-citoyen était très rarement en mesure de résoudre par lui-même les questions qui lui étaient soumises. On aurait pu créer un corps de juges initiés au droit, comme les magistrats de nos jours, mais c'eût été abandonner une tradition plusieurs fois séculaire. La tâche du juge fut facilitée par un double usage : 1° le juge s'entourait d'un conseil composé d'hommes ayant l'expérience des affaires judiciaires (6) et d'une probité reconnue (7); 2° l'un des plaideurs lui com-

(1) MALAL., *Chron.*, p. 451, 63, 464.

(2) *C.*, *Omnem*. 7. Césarée était, au temps d'Auguste, un centre d'études juridiques (STRABO, XII, 2); elle l'était encore au milieu du IIIe siècle (GREGOR. THAUMATURG., *l. c.*). Schrader (ad *Inst.*, II, 8, 2) et Krueger (p. 153; 393) pensent qu'il s'agit de Césarée de Palestine; le seul argument qu'ils en donnent est la mention, dans *C.*, VIII, 41, 27, de la *Palæstinæ advocatio*. Ce barreau près le tribunal du gouverneur de la Palestine serait identique à la *Cæsariensis advocatio* (*Inst.*, III, 19, 12; *C.*, II, 3, 30; VI, 58. 12). Mais l'existence d'un barreau à Césarée de Palestine ne prouve pas que l'école de Césarée de Cappadoce ait disparu bien avant Justinien.

(3) Publiées par LABBE en 1605, puis par OTTO, *Thesaurus juris Romani,* 2e éd., 1733, III, 1697. Cf. sur la composition de ces gloses W. BANNIER, *Die röm. Rechtsquellen und die sog. Cyrillglossen* (*Philologus*, 1912, LXXI. 238).

(4) Thalélée rapporte un texte inédit de Paul (*Bas.*, VIII, 1, 36). Ailleurs, il donne, pour *C.*, II, 10, 1, un texte plus complet que celui du Code (*Bas.*, VIII, 1, 40).

(5) Thalélée termine une discussion par ces mots : « Pour moi, je ne saurais me départir de cette opinion. Que celui qui veut entendre autrement cette loi, l'explique comme il voudra. Le devoir d'un interprète est d'exprimer son avis, sans examiner si les autres acceptent sa manière de voir. » (*Bas.*, VIII, 1, 19.)

(6) GELL., XII, 13; XIV, 2.

(7) CIC., *p. Quinctio,* 2; PLIN., *Ep.*, I, 20; VAL. MAX., VIII, 2, 2.

muniquait l'avis d'un jurisconsulte faisant autorité. Au temps de Cicéron, il était de règle de se conformer à cet avis, à moins que l'adversaire, invoquant l'autorité d'autres jurisconsultes (1), ne fût en mesure de prouver qu'il était contraire au droit.

Cet usage, qui assurait aux jurisconsultes les plus renommés une influence décisive sur l'administration de la justice, était peu compatible avec le régime impérial. Ne pouvant le supprimer, Auguste l'a réglementé : 1° Il conféra à certains jurisconsultes le *jus publice respondendi*, le privilège de répondre aux consultations au nom du prince (*ex auctoritate principis*). A leur autorité personnelle se joignit celle de l'empereur. Dès lors, les autres jurisconsultes cessèrent d'avoir auprès des juges le même crédit que les jurisconsultes officiels; en cas de divergence, l'avis de ces derniers dut être prépondérant. 2° Pour garantir l'authenticité de la réponse, Auguste décida qu'elle serait consignée dans un écrit revêtu du sceau de son auteur (2).

Hadrien ajouta une disposition à ce règlement pour en déterminer la portée : lorsque les jurisconsultes dont on produit l'avis sont unanimes, le juge ne peut statuer en sens contraire. En cas de divergence, le juge conserve sa liberté d'appréciation. Les réponses des prudents ont force de loi sur tous les points où il y a accord entre eux. Les jurisconsultes gratifiés du *jus respondendi* sont des *juris conditores* (3).

Les réponses des prudents ont subsisté au Bas-Empire (4). Justinien fait encore allusion à ceux qui ont obtenu le privilège d'être législateurs (5); mais on ignore à qui il a été accordé.

§ 6. **Loi des citations.** — Au Bas-Empire, on prit l'habitude de résoudre les questions de droit en citant l'opinion des anciens jurisconsultes : on se dispensait de recourir au texte de la loi. Cette façon de procéder donna lieu à des abus : elle fut réglementée par les empereurs. On établit une sorte de classement entre les jurisconsultes. Les opinions de quatre d'entre eux, Papinien, Paul, Ulpien, Modestin, furent observées à l'égal de la loi : elles formèrent le *jus vetus* concurremment avec les décisions des empereurs antérieurs à Constantin (6).

Pour prévenir les difficultés résultant de la divergence d'opinions, Constantin proscrivit les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien. Pour une raison analogue, il consacra l'autorité des Sentences de Paul, qui avaient le double avantage d'être rédigées sous une forme succincte et

(1) Cic., *p. Cæc.*, 23; 24; 28.

(2) Pomp., *D.*, I, 2, 2, 49. Sur l'utilité de cette règle, voir les observations de Zangemeister (*CIL.*, IV, Suppl., p. 278) et d'Erman (*Sav. Z.*, XX, 186) au sujet des cachets apposés sur la partie ouverte des quittances de Pompei.

(3) *Inst.*, I, 2, 8. On a prétendu qu'Hadrien a attribué force de loi aux règles établies par la jurisprudence, parce que d'après Gaius (I, 8) les *responsa* sont *sententiæ et opiniones*. Pour savoir si une règle est ou non *sententia recepta*, il faudrait rechercher si elle est admise par tous les *juris conditores* sans s'occuper des autres jurisconsultes. (Puchta, *Rhein. Mus.*, V, 145.) Cette opinion est peu vraisemblable : elle compliquerait la tâche du juge au lieu de la simplifier.

(4) Arcad., Hon., *C. Th.*, I, 1, 10; IV, 2, 11. Le juriste le plus récent que l'on cite, Innocentius, est un contemporain de Dioclétien. Eunap., *Vita Chrysantii*.

(5) *C.*, *Deo auctore*, 20 a.; *C.*, I, 14, 12, 4.

(6) Cette acception large du mot *jus* est confirmée par l'*interpretatio* de *C. Th.*, III, 13, 2; *C. Greg.*, II, 2, 1, et par l'édit de Théoderic, 155.

de ne contenir que le *jus receptum* à l'exclusion du *jus controversum*. Un siècle plus tard, en 426, Valentinien III, s'inspirant de la même pensée, joint aux écrits des quatre *juris auctores* ceux de Gaius, très appréciés pour leur concision et leur clarté; il donne également force de loi aux décisions des jurisconsultes cités par les précédents, spécialement aux décisions de Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus lorsqu'on était en mesure de produire le texte original de leurs écrits. Mais, comme les chances de controverses augmentaient avec le nombre des auteurs dont les écrits avaient force de loi, il décide qu'en cas de désaccord, le juge doit suivre l'opinion de la majorité; en cas de partage, l'avis de Papinien doit prévaloir. Telle est la *loi des citations* qui a subsisté jusqu'à Justinien (1).

CHAPITRE III

Lois romaines et lois des pérégrins.

§ 1er. Sphère d'application des lois romaines. — Sous la République, les lois rendues en matière de droit privé ne sont faites que pour les citoyens romains et ne s'appliquent que dans la partie de l'Italie soumise à la domination romaine (2). En général, Rome respecte l'indépendance des cités alliées, et laisse aux peuples vaincus leur autonomie; elle confie au gouverneur de chaque province le soin de déterminer dans son édit les règles qu'il convient d'observer.

Par exception, quelques lois régissent les citoyens romains résidant en un lieu quelconque de l'Italie : loi Furia *de sponsu*, loi Fabia *de plagiariis* (3). D'autres régissent les pérégrins dans leurs procès avec les Romains en matière de dettes d'argent : loi Sempronia. D'autres, enfin, s'imposent aux provinces : loi Appuleia.

Sous l'Empire, le point de vue change : on n'hésite plus à empiéter sur l'autonomie des cités provinciales, à édicter des règles applicables à tous les peuples soumis à l'autorité de Rome. Les lois comitiales, l'édit des préteurs, les sénatus-consultes n'ont, il est vrai, en principe, qu'une application restreinte aux citoyens romains (4) et à l'Italie (5),

(1) *C. Th.*, I, 4, 1-3. Cf. sur ce texte, GRADENWITZ, *Sav. Z.*, XXXIV, 274.

(2) GAIUS, I, 189. Dans toute l'Italie après la guerre sociale et la concession du droit de cité à tous les Italiens. Il en est autrement des lois relatives au droit public : les unes ne sont applicables qu'à Rome et dans le rayon d'un mille, comme la loi Valeria *de provocatione*, les autres s'appliquent en Italie et dans les provinces, comme la loi Porcia (GELL., X, 3, 1; CIC., *Verr.*, V, 163). Cf. Ed. CUQ, *Dict. Antiq.*, III, 1160.

(3) *Collat.*, XIV, 3, 4-5; 2, 1; PAUL, *D.*, XL, 1, 12; cf. CIC., *p. Rabir.*, 3; PLAUT, *Merc.*, 658. La loi somptuaire Fannia de 593 fut étendue à toute l'Italie en 611 par la loi Didia. MACROB., *Sat.*, II, 13.

(4) Lois Julia *vicesimaria* (DIO, LXXIII, 9; PLIN., *Paneg.*, 37-39), *de marit. ordinibus* (MARC., *D.*, XXIII, 2, 19); Junia Norbana (Octav. in fr. Dosith., 12); Ælia Sentia (GAIUS, I, 47). Le Sc. Claudien vise les femmes ingénues citoyennes romaines ou latines (PAUL, II, 21 a, 1). Cf. WLASSAK, *Processg*, II, 173.

(5) HYGIN., 123, 11. Lois Julia *de bonorum cessione* (DIOCL., *C.*, VII, 71, 4), *de fundo dotali* (GAIUS, II, 63); *de maritandis ordinibus* (ULP., XI, 20); édit d'Auguste sur l'aliénation des choses litigieuses. (Fr. *de jure fisci*, 8).

mais une clause spéciale ou une décision ultérieure peut étendre certaines de leurs dispositions aux pérégrins et aux provinces (1). De leur côté, les préteurs appliquèrent diverses lois romaines aux pérégrins (2), les gouverneurs des provinces insérèrent dans leurs édits bon nombre de dispositions consacrées par les préteurs (3).

Grâce à ces extensions et à ces emprunts, il existe un ensemble de règles qui forment le droit commun de l'empire : telles sont les règles sur la nullité de l'affranchissement en fraude des créanciers, sur la capacité des cités de recevoir des legs, sur la défense de tuer les esclaves (4).

§ 2. **Lois des pérégrins.** — Les cités libres ne sont pas soumises à l'autorité du gouverneur de la province dans laquelle elles sont situées. Elles conservent leur autonomie et leur droit de juridiction (5); elles sont régies par le droit local (6). Cette situation privilégiée a été progressivement modifiée soit par l'extension du *jus gentium* et par l'établissement de règles applicables à tout l'Empire, soit par les rescrits des empereurs (7).

Les cités provinciales et les territoires qui ne sont pas organisés en cités sont régis par l'édit du gouverneur. Cet édit qui, dans le principe et conformément à la *lex provinciae* (8), assurait le plus souvent aux provinciaux le maintien de leur droit national (9), fit peu à peu une place de plus en plus large au droit romain. Au IIe siècle, il est formé de règles empruntées pour partie au droit local ou au *jus gentium* (10); il comprend aussi les dispositions spéciales introduites par

(1) Extension des lois sur la tutelle dative (Gaius, I, 185; *P. Oxy.*, 720), de la *causae probatio* (loi Ælia Sentia, Gaius, I, 29), de la tutelle *ad dotem dandam* (Sc. ap. Ulp., XI, 20, de la loi Julia sur la cession des biens (*l. c.*). Sc. étendant aux pérégrins la règle sur l'affranchissement en fraude des créanciers. (Gaius, I, 47.)

(2) Gaius, IV, 37 : loi des Douze Tables sur le vol non manifeste et loi Aquilia.

(3) *P. Giessen*, de l'an 249, contient le texte latin d'une demande de *bonorum possessio unde legitimi* d'après l'Edit du préfet d'Egypte qui reproduit ici l'Edit prétorien. Cf. Eger, *Sav. Z.*, XXXII, 378.

(4) Ulp., XXIV, 28; Gaius, I, 53. Cf. Marc., *D.*, L, 7, 4, 6.

(5) Plin., *Ep.*, X, 93. Cf. Marquardt, VIII, 100. Les gouverneurs exercent toutefois une surveillance administrative : cf. l'édit rendu par Antonin le Pieux, alors qu'il était proconsul d'Asie. (Marc., *D.*, XLVIII, 3, 6, 1). Au temps de Pline (*Ep.*, VIII, 24, 4), les cités libres de la Grèce n'avaient plus que « l'ombre de la liberté ». Elles en font usage même lorsqu'elles adoptent certaines lois romaines. Gell., XVI, 13; Cic., *p. Balbo*, 8.

(6) A Marseille, la dot ne peut dépasser le maximum fixé par la loi (Strab., IV, 1, 5); l'affranchissement peut être révoqué trois fois si l'esclave est convaincu d'avoir trois fois trahi son maître (Val. Max., II, 6, 7); la cité peut être instituée héritière (Tac., *Ann.*, IV, 43). A Antioche, la cité a un privilège sur les biens de ses débiteurs défunts (Pap., *D.*, XLII, 5, 37). Cf. pour Athènes, Hermann-Thalheim, *Griech. Alterth.*, 8, 1.

(7) Auguste supprima en Egypte l'exécution sur la personne (Varr., *R. r.*, I, 17, 2), sauf pour les débiteurs du fisc. (*C. I. Gr.*, III, 4957.) Marc-Aurèle prohiba l'affranchissement *ex acclamatione populi* usité en Grèce (Paul., *D.*, XL, 9, 17 pr.).

(8) Cf. Ed. Cuq, v° lex data (*Dict. des Antiq.*, III, 1119, 17-26).

(9) Voir la *lex Bithynorum* sur la tutelle des femmes (Gaius, I, 193), la coutume des Galates sur la puissance paternelle (Gaius, I, 55), la valeur donnée par les Grecs aux *syngraphae* (Gaius, III, 134; Cic., *ad Att.*, VI, 2, 7); la *protopraxia* des cités du Pont et de Bithynie (Plin., *Ep.*, X, 109). La *lex peregrina* est appliquée pour le mariage, la filiation (Gaius, I, 192; Dittenberger, II, 843), l'affranchissement (Fr. *de manumiss.*, 12), le testament (Gaius, *D.*, XXIX, 3, 7), le serment, la constitution de servitudes; la transmissibilité de l'obligation du *fidepromissor* (Gaius, III, 96, 120).

(10) Actions des lois Appuleia, Aquilia, Furia *testamentaria* (Gaius, III, 122; IV, 109).

les gouverneurs (1); quelques-unes d'entre elles concernent les citoyens romains résidant dans la province et modifient parfois le droit romain en leur faveur (2). Mais dans son ensemble, il s'inspire surtout des idées romaines, ainsi qu'on peut s'en convaincre en lisant le commentaire de Gaius sur l'édit provincial (3).

L'Égypte est dans une situation à part : jusqu'à Dioclétien, elle n'a pas reçu d'organisation provinciale. Auguste et ses successeurs y ont maintenu le gouvernement monarchique et l'ont exercé par l'intermédiaire d'un vice-roi, le préfet d'Égypte. Le droit romain n'y a été appliqué qu'aux citoyens romains (4). Les indigènes ont conservé en principe leur droit national, égyptien ou grec, suivant leur origine (5); mais, comme dans les provinces, ils ont dû se soumettre aux dispositions générales ou spéciales établies par les empereurs (6).

En somme, à la fin de la République et au Ier siècle de l'empire, il régnait une grande diversité dans le droit appliqué aux peuples placés sous la domination romaine. C'était une entrave pour le commerce et pour les rapports sociaux en général. L'extension du *jus gentium* et du droit général de l'empire, la codification des édits sous Hadrien, l'édit même de Caracalla ne la firent disparaître qu'en partie (7).

La jurisprudence continua à tenir compte des lois pérégrines à titre d'usages régionaux ou locaux (8) lorsque leurs dispositions pouvaient se concilier avec les principes du droit romain (9). Les empereurs eux-mêmes confirmèrent certaines dispositions des lois et coutumes péré-

Tuteur *ad dotem dandam*. Affranchissement d'un esclave par un mineur de vingt ans (Gaius, I, 20), par une cité (Sc. Juventien, *C.*, VII, 9, 3, 1). *Causæ probatio* (Gaius, I, 29; III, 3). *Petitio tutoris* (Gaius, I, 183). Affranchissement fidéicommissaire (Marc., *D.*, XL, 5, 51, 7), Application de la procédure formulaire : actions de bonne foi, *ex testamento*, appréciées *ex more regionis* (Pap., *D.*, XXII, 2, 1 pr.; Ulp., *eod.*, 27; XXX, 39, 1); de la procédure extraordinaire en cas de fidéicommis (Gaius, II, 278). Cf. Mitteis, *Reichsrecht*, 132.

(1) Voir les édits de Q. Mucius pour l'Asie, de Cicéron pour la Cilicie (Cic., *ad Att.*, VI, 1, 15; la *lex Pompeia* pour le Pont (Ulp., *D.*, L, 1, 1, 1). Rescrit de Trajan sur les enfants exposés dans la province de Bithynie (Plin., *Ep.*, X, 72). Privilège, accordé par Auguste aux Nicéens, de réclamer les biens de leurs concitoyens morts ab intestat : Plin., *Ep.*, X, 88.

(2) Telle est la règle qui permet d'adroger par devant le magistrat. Gaius, I, 100.

(3) Voir les fragments de Gaius, *ad edictum provinciale*, Lenel, *Pal.*, I, 189-237. Cf. Gilson, *le Droit sous la domination romaine*, 1900. Kniep, *Gaius*, 300.

(4) Voir le testament de C. Longinus Castor (*N. R. H.*, XVIII, 573). Cf. les textes cités par Denisse, *Ibid.*, XVI, 676, 682, 685; Dareste, *ibid.*, XVIII, 686.

(5) *Epist. Hadriani* in *Vita Saturn.*, 8. Cf. Mitteis, *Reichsrecht*, 233, 447; *P. Berlin*, 232 (mariage entre frère et sœur); 19 (rescrit d'Hadrien permettant même aux indigènes égyptiens de succéder *ab* intestat à leur grand'mère). *P. Vienne*, 1432, de l'an 124, invoque la loi des Egyptiens. *P. Louvre*, 17 de l'an 153/154.

(6) Exemple : le *jus liberorum*. Voir notre article LIBERORVM IVS (*Dict. Antiq.*, III, 1194, 10) et un papyrus publié par Jouguet et Collinet, *Arch. Pap.*, I, 293.

(7) Cf. le rescrit d'Hadrien qui accorde à un Grec devenu Romain par adoption la faveur *Græce testari*. (*CIL.*, III, 12283; *N. R. H.*, XVI, 622).

(8) Exemples : taux des intérêts (Pap., *D.*, XXII, 1, 1 pr.; Ulp., *D.*, XXX, 39, 1). Remise du loyer aux fermiers (Diocl., *C.*, IV, 65, 19). Stipulation de garantie contre l'éviction (Gaius, *D.*, XXI, 2, 6). *Inspectio* pour la *B. P. ventris nomine* (Ulp., *D.*, XXV, 4, 1, 15). Interprétation de la volonté des contractants (Ulp., *D.*, L, 17, 34).

(9) Sont interdits l'arrêt du cadavre d'un débiteur (*C.*, IX, 19, 6), la bigamie (Val., Gall., *C.*, IX, 9, 18; Diocl., *C.*, V, 5, 2; Theod., I, 9, 7), le mariage entre personnes parentes au degré prohibé par la loi romaine (*Collat.*, VI, 4).

grines : ce furent autant de privilèges accordés à des cités (1) ou à des provinces (2).

L'observation du droit provincial fut d'ailleurs renfermée dans d'étroites limites, lorsqu'on était obligé de recourir aux tribunaux. Si la juridiction inférieure fut confiée aux magistrats municipaux, le gouverneur de la province ou les commissaires impériaux eurent la haute main sur l'administration de la justice. Grâce à la théorie de l'appel, aucun jugement sanctionnant une règle du droit local ne pouvait être maintenu sans leur aveu (3).

§ 3. **Conflit des lois.** — Dans les procès entre citoyens romains et pérégrins, ou entre pérégrins, en raison d'un acte accompli sur le territoire romain, quelle loi doit appliquer le juge institué par un magistrat romain? La loi romaine ou la loi étrangère? C'est la question du conflit des lois (4) qui forme aujourd'hui l'objet du droit international privé (5). Elle se pose, chez les Romains, pour les pérégrins appartenant à des cités qui ont conservé leur autonomie, mais elle est loin d'offrir le même intérêt qu'en droit moderne : un grand nombre d'actes étaient régis soit par le *jus gentium* qui était commun aux Romains et aux pérégrins, soit par le droit honoraire qui s'appliquait sur le territoire soumis à la juridiction du magistrat sans distinction entre les Romains et les pérégrins (6).

Si importante que soit en pratique cette double réserve, il serait excessif de prétendre que la question du conflit des lois a été étrangère aux Romains. On sait déjà que certaines lois sont territoriales; elles régissent tous les résidants quelle que soit leur nationalité. On verra bientôt que, dans plusieurs cas relatifs au droit des personnes et au droit du patrimoine, le juge doit appliquer la loi étrangère à l'exclusion de la loi territoriale (7).

§ 4. **Diffusion du droit romain.** — L'effort principal des empereurs sous le Haut-Empire consista à propager la connaissance du droit romain. Leurs rescrits montrent avec quelle patience ils ont inculqué

(1) Delphes, Ilium (Ulp., *D.*, L, 1, 1, 2); Antioche (Pap., *D.*, XLII, 5, 37); usages locaux sur les maisons démolies (Alex., *C.*, VIII, 10, 3; Diocl., XI, 30, 4); coutumes relatives à l'enregistrement et à la forme des testaments (Val., Gall., *C.*, VI, 32, 2; Diocl., *C.*, VI, 23, 9); loi municipale conférant aux duumvirs le pouvoir de présider à l'émancipation des enfants des *alienigenæ*. (Diocl., *C.*, VIII, 48, 1.)

(2) Province du Pont (Ulp., *l. c.*); Bétique (*Collat.*, XI, 7, 1); Egypte (Const., Julian., *C. Th.*, XI, 21, 1); Afrique, Mésie (Saturn., *D.*, XLVIII, 19, 16, 1).

(3) Pour donner effet à certaines coutumes provinciales, on avait recours à l'expédient d'une stipulation de peine. Voir Gaius, II, 31 pour le pacte constitutif d'une servitude; Paul, *D.*, XLV, 1, 132 pr., pour l'*abdicatio* d'un enfant adopté à la mode grecque. Cf. Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'apokèryxis*, 1913, p. 10.

(4) Cf. de Boeck, *le Préteur pérégrin*, 1881, p. 186; Chénon, *la Loi pérégrine à Rome*, 1891; Baron, *Peregrinenrecht und jus gentium*, 1892; Weiss, *Traité de droit international privé*, 1898, III, 117.

(5) La question serait de droit interne s'il s'agissait du conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique. Tel était le régime de la personnalité des lois à l'époque franque. Cf. Lainé, *Introd. au droit international privé*, 1888, I, 65.

(6) Sauf à Rome, où, par suite de la présence de deux préteurs, l'un urbain, l'autre pérégrin, il y avait, en la forme, un droit honoraire spécial aux pérégrins.

(7) P. 161, 3; cf. 55,9. Il s'agit uniquement des conditions de fond requises pour la validité de l'acte. Il ne paraît pas que les Romains aient connu la règle *locus regit actum* sur la forme des actes.

aux habitants des provinces les principes de ce droit. Ils ne négligent aucune occasion de faire apparaître la supériorité des lois romaines, tout en cherchant à les approprier aux besoins de l'état social. Ce qui contribua au succès de leur entreprise, ce furent d'abord les travaux des jurisconsultes qui prenaient soin de comparer le droit pérégrin au droit romain. Ce fut aussi l'usage où étaient les provinciaux de s'adresser aux jurisconsultes de Rome ou aux empereurs pour s'éclairer sur les moindres doutes. Dans les réponses des uns comme dans les rescrits des autres, ce sont toujours les règles de la législation romaine dont on propose l'application aux habitants des provinces (1). Alexandre Sévère et Dioclétien ont particulièrement contribué à la diffusion du droit romain, l'un avec le concours des grands jurisconsultes qu'il avait réunis autour de lui, l'autre grâce à ces fonctionnaires rompus aux traditions de la jurisprudence impériale et qui, sous le titre de *consiliarii, adsumpti in consilium, a libellis, a studiis*, donnaient leur avis sur les requêtes qui affluaient à Rome de toutes les parties de l'Empire et surtout des provinces de culture hellénique. Des coutumes locales n'en ont pas moins subsisté dans certaines régions jusqu'à l'époque de Justinien : la Novelle 21 le prouve pour l'Arménie.

CHAPITRE IV

Les documents juridiques.

Ces documents consistent en textes législatifs, œuvres de jurisconsultes, actes juridiques (2).

§ 1er. **Les textes législatifs.** — 1. LOIS ANTÉRIEURES A JUSTINIEN. — Un très petit nombre de lois et de sénatus-consultes relatifs au droit privé ou à la procédure nous sont parvenus dans leur teneur originale (3). La loi des Douze Tables, la plus ancienne et la plus célèbre,

(1) Voir les preuves dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 139, 348, 363, 371. Tandis que Scævola et Paul sont peu favorables aux idées juridiques étrangères aux Romains, comme la représentation (*D.*, XXVI, 7, 47 pr.; XVII, 1, 60, 4) ou le dépôt irrégulier, Papinien les accueille volontiers, ainsi que Modestin. Cf. KUEBLER, *Sav. Z.*, XXVIII, 174; XXIX, 183; PETERS, *Sav. Z.*, XXXIII, 511.

(2) Les auteurs littéraires contiennent parfois des renseignements précieux sur le droit. On trouvera la liste de ceux qui sont le plus utiles à consulter dans notre volume sur l'*Ancien droit*, 2e édit., p. 38-39. Il faut y joindre pour l'époque impériale les lettres de Pline le Jeune et de Symmaque, les *Variæ* de Cassiodore, les *Scriptores historiæ Augustæ*.

(3) Les principaux textes se trouvent dans BRUNS, *Fontes* 7; GIRARD, *Textes* 4; RICCOBONO, *Fontes*. Les *lois royales*, quoi qu'en dise Pomponius (*D.*, I, 2, 2, 39), ne sont pas des lois curiates. Ce sont des dispositions d'ordre religieux, sur lesquelles le peuple n'avait pas à se prononcer. Elles sont vraisemblablement l'œuvre des rois agissant comme prêtres de la cité. C'est pour cela qu'elles furent conservées dans les archives des pontifes. Manilius (consul en 605) divulgua les lois de Numa; les autres ont été, au cours du VIIe siècle, réunies dans un recueil appelé *jus Papirianum* et commenté par Granius Flaccus. On ne saurait affirmer qu'on n'y a pas intercalé des règles postérieures à la chute de la royauté. Quelques-unes ont continué à être appliquées sous l'Empire. Cf. Ed. CUQ, *Ancien droit* 2, 26.

n'est connue que par des citations de jurisconsultes ou de grammairiens. Ces citations ne sont ni complètes, ni toujours concordantes; souvent on n'a qu'une paraphrase, ou bien le texte primitif a été modifié par des additions dues à la jurisprudence (1). Quant aux sénatus-consultes, il en est plusieurs dont le texte a été reproduit au Digeste de Justinien (2); d'autres ont été transmis par des inscriptions ou des papyrus (3).

La plupart des textes législatifs que l'on possède aujourd'hui sont des constitutions impériales. Le plus ancien recueil est le code Grégorien rédigé sous Dioclétien (4), en 291 (5). Ce code, dont il ne reste que des fragments, contient des constitutions rendues par Dioclétien et ses prédécesseurs depuis Hadrien. Il avait au moins quatorze livres divisés en titres. Il a été continué par le code Hermogénien (6), au début de l'année 295 (7). Tous deux sont d'origine orientale.

Après la division de l'Empire en 395, il devint très difficile de se procurer l'ensemble des lois rendues par Constantin et ses successeurs; elles étaient éparses dans les archives des quatre préfectures du prétoire et dans celles des gouverneurs des provinces. L'empereur d'Orient, Théodose le Jeune, d'accord avec son collègue d'Occident, Valentinien III, résolut de faire rédiger un recueil général des lois nouvelles. Une commission de seize membres fut chargée de ce travail et reçut le pouvoir d'abréger les textes et même de les corriger conformément au droit en vigueur. Le nouveau code, appelé Théodosien, du nom de celui qui en avait pris l'initiative, fut rendu exécutoire le 1er janvier 439. Il est divisé en seize livres et subdivisé en titres : les lois y sont classées par ordre chronologique. Les livres II à V et une partie du livre VIII ont trait au droit privé (8).

Les lois postérieures à la rédaction du code Théodosien ont été recueillies séparément pour chacun des empires d'Orient ou d'Occident.

(1) Ed. Cuq, *Ancien droit*, 29-32, et les recueils de textes précités.

(2) Tels sont les Sc. Velléien, Trébellien, Juventien, etc.

(3) Tel est le Sc. Hosidien (p. 25, 10) ; cf. de Pachtère, *les Campi Macri* et *le Sc. Hosidien*, 1912); le Sc. de Claude sur la procédure criminelle (*P. Berlin*, 611.)

(4) L'auteur l'appelle *dominus noster*. Mommsen a conjecturé (*Sav. Z.*, XXII, 139) que Gregorius fut professeur à l'école de Béryte : la moitié des rescrits contenus dans son Code concerne la province de Syrie-Phénicie où Béryte était située; il est tout naturel que l'auteur ait donné la préférence aux rescrits qu'il pouvait se procurer sur place. Il a sans doute emprunté les autres aux recueils des décisions des empereurs antérieurs à Dioclétien : ces recueils *(semenstria)*, dont la création fut le complément nécessaire de la réorganisation du conseil du prince par Hadrien, apparaissent sous le règne de cet empereur (p. 30). Cette opinion, que j'ai émise dans mon *Conseil des Empereurs*, 422, a été adoptée par Pernice (*Ulpian als Schriftsteller*, 456) et par Mommsen (*Sav. Z.*, XII, 252).

(5) Il a été complété à deux reprises par des const. de 291-292, 295-304.

(6) Ce Code comprenait un seul livre, mais avec des titres nombreux : les scolies du Sinaï citent la c. 120 du titre 69. Cf. Krueger, 317; Karlowa, I, 943.

(7) Il contient une série de constitutions de 293-294. Dans les éditions publiées en Occident, on y a joint des const. de 364-365. Cf. sur la formation et la date de ces deux Codes, Rotondi, *Bull. dir. R.*, 1914, XXVI, 175.

(8) Le code Théodosien n'a pas été intégralement conservé; il manque la moitié du livre Ier, les deux tiers des livres II à V, trois titres du livre VI. Le code Théodosien a été publié avec un commentaire approfondi de J. Godefroy en 1665. Hænel en a donné une édition plus complète en 1842. Une édition critique a été publiée par Mommsen et P.-M. Meyer, 1905. Cf. P. Krueger, *Sav. Z.*, XXXIV, 1.

L'unité de législation n'a pas été maintenue en général, bien que quelques lois d'Orient aient été acceptées en Occident (1). Les Novelles de Théodose II et celles des empereurs d'Occident, jusqu'en 468, sont en partie parvenues jusqu'à nous (2).

Un siècle plus tard, Justinien entreprit une œuvre beaucoup plus vaste : il eut la pensée de faire recueillir, en les adaptant au droit en vigueur, les constitutions rendues depuis Hadrien et les principales décisions des jurisconsultes classiques. Il voulut en même temps réformer la législation en tant qu'elle n'était pas en harmonie avec les usages des peuples de l'Orient où se trouvait le siège de l'Empire.

2. Lois de Justinien. — L'œuvre législative de Justinien se rattache directement à la réforme administrative qu'il résolut d'entreprendre au début de son règne (3) et qu'il s'efforça de réaliser pendant trente-huit années (527-565). A la mort de Justin Ier, les exactions des fonctionnaires de tout ordre, la vénalité de la justice rendaient les provinces inhabitables ; l'insécurité était générale. Pour rétablir l'ordre dans l'administration, pour enlever aux juges tout prétexte tiré de l'ignorance ou de l'incertitude du droit, il était urgent de mettre à leur disposition le recueil complet des lois en vigueur. La codification du droit était la préface de la réforme de l'administration.

La législation de Justinien comprend : 1° un code de constitutions impériales ; 2° un recueil des règles formulées par les jurisconsultes gratifiés du *jus publice respondendi ;* 3° un livre élémentaire (*Institutiones*) à l'usage des étudiants en droit ; 4° un grand nombre de lois destinées, les unes à trancher des controverses, les autres à réformer la législation. La réunion de ces quatre recueils forme le *Corpus juris civilis* (4).

a) Le *Code,* commencé le 13 février 528, a été rédigé par une commission de dix membres, parmi lesquels étaient Tribonien, le plus grand savant de son temps et l'un des grands dignitaires de la cour (5), et Théophile, professeur de droit à Constantinople. Il fut publié le 7 avril 529, et réédité le 29 décembre 534 (6). Ce code comprend un choix de

(1) Telles sont les Novelles de Théodose II (Nov., *Val.*, 25, 1).

(2) Edit. Hænel, 1844 ; P.-M. Meyer, 1905.

(3) Né en Macédoine, à Tauresium (Uskub), sur les confins de l'Albanie, Fl. Petrus Sabbatius Justinianus fut élevé à Byzance par les soins de son oncle Justin, soldat de fortune, qui devint sous Anastase commandant en chef de la garde, puis en 518 empereur. Justinien, associé par son oncle à l'empire le 1er avril 527, devint seul empereur le 1er août suivant, à l'âge de quarante-cinq ans. Cf. Ch. Diehl, *Justinien et la civilisation byzantine au VIe siècle*, 1901 ; Krumbacher, *Byzant. Literatur-Geschichte*, p. 235.

(4) L'expression *Corpus juris*, empruntée par les glossateurs à Justinien (*C.*, V, 13, 1 pr.), se trouve au XIIIe siècle dans Azo (ad *C.*, I, 14, 3), Hugolinus (ad *C.*, I, 19), Accurse. Les classiques employaient le mot *corpus* dans un sens analogue pour désigner l'œuvre d'Homère : *Homeri corpus* (Ulp., *D.*, XXXII, 52, 2).

(5) Procop., *Bell. Pers.*, 122. Tribonien était originaire de Pamphylie.

(6) Nous n'avons que la seconde édition. Elle a été rendue nécessaire par les changements opérés dans la législation : on a modifié les lois qui n'étaient plus d'accord avec le droit en vigueur ; on y a ajouté de nombreuses constitutions rendues dans l'intervalle. Ce sont d'abord les 50 décisions adressées au préfet Jean le Cappadoce et destinées à trancher des controverses ; la plupart sont de l'année 529 ; puis environ 240 constitutions publiées de 530 à 534 sur la demande de la commis;

constitutions impériales (environ 4650) depuis Hadrien jusqu'à Justinien : c'est un recueil de décisions d'espèce et non de règles abstraites. Les textes ne sont pas toujours reproduits dans leur teneur originale : les rédacteurs furent autorisés à supprimer les dispositions surannées (1), à abréger les décisions trop prolixes, à fondre en une seule plusieurs constitutions, à diviser une constitution en plusieurs fragments pour les répartir dans des titres différents.

Le Code a été composé sur le plan du code Grégorien combiné avec celui du code Théodosien (2). Il est divisé en douze livres, chaque livre comprend un certain nombre de titres; chaque titre, un certain nombre de lois rangées dans l'ordre chronologique. Chaque loi est précédée d'une *inscriptio* indiquant le nom de l'auteur et celui du destinataire ; elle est suivie d'une *subscriptio* indiquant la date et le lieu où elle a été rendue *(data)* ou publiée *(proposita)* (3). Le droit ecclésiastique, qui était relégué à la fin du code Théodosien, figure en tête du nouveau code ; les livres II à VII sont consacrés au droit privé; le livre IX au droit criminel; les livres X à XII au droit administratif (4).

b) Le Code donnait satisfaction aux besoins immédiats de la pratique, mais Justinien avait une ambition plus haute : il voulait restaurer la science du droit. Il projeta la rédaction d'un vaste recueil des décisions données par les jurisconsultes les plus célèbres depuis le début de l'Empire. Ce recueil porte le nom de *Pandectes* (compilation) ou *Digeste,* parce que les extraits sont distribués par ordre de matières. Tribonien fut chargé, le 15 décembre 530, de l'exécution de ce projet avec seize collaborateurs (5). Dix ans leur furent accordés (6), mais trois ans leur suffirent pour achever cette vaste entreprise (7). Le Digeste fut rendu exécutoire le 30 décembre 533 (8). Il est divisé en

sion chargée de la préparation du Digeste. (*C., cordi,* 1). Cf. Buonamici, *Rivista ital.*, 1902.

(1) Voir un exemple dans *C.*, X, 10, 5, emprunté à *C. Th.*, X, 8, 5.

(2) Sur les rapports du Code de Justinien avec les Codes antérieurs, cf. Rotondi, *loc. cit.*, 208.

(3) Ed. Cuq (*Borghesi*, X, 192); cf. la mention προστέθη ἐν Ἀλεξανδρείᾳ dans divers rescrits (*P. Berlin*, I, 267; *Amherst*, II, 70).

(4) Il n'existe pas de manuscrit complet du Code. De bonne heure on a pris l'habitude d'abréger l'*inscriptio* et la *subscriptio* des lois ; puis on a supprimé les constitutions grecques et l'on a publié à part les trois derniers livres qui sont étrangers au droit privé. La meilleure édition est celle de P. Krueger (1877).

(5) Leurs noms sont cités dans la *c.* Δέδωκεν, 9. Il y avait le comte des largesses sacrées, deux professeurs de l'école de droit de Constantinople, deux de celle de Béryte et onze avocats près la préfecture d'Orient.

(6) Notre Code civil a été rédigé en moins de quatre ans. Le Code civil allemand a demandé près de trente ans de préparation.

(7) La rapidité de l'exécution explique l'imperfection de l'œuvre; il y a des répétitions, des antinomies. H. Peters (*Die Oström. Digestenkommentare und die Enstehung der Digesten,* 1913, p. 55) a soutenu qu'il existait avant Justinien un recueil d'extraits des jurisconsultes classiques. Ce « Prédigeste », œuvre des professeurs de l'école de Béryte, aurait servi de base à la compilation de Justinien. Mais les raisons données à l'appui sont très contestables. La conjecture de Peters a été écartée par G. Rotondi, *Sul modo di formazione delle Pandette,* 1913 ; Lenel, *Sav. Z.*, XXXIV, 373 ; Mitteis, *ibid.*, 402. Bonfante, *Storia,* II, 115.

(8) Il existe un grand nombre de manuscrits du Digeste : le meilleur remonte au VIe ou VIIe siècle: il appartenait à la ville de Pise dès le XIIe siècle ; il est conservé à Florence depuis 1406. On l'appelle la *Florentine* pour le distinguer des manuscrits de la *Vulgate* que les anciens éditeurs ont suivis de préférence et qu'ils divisaient généralement en trois parties : *Digestum novum* (liv. 1 à 24, 3, 2) ; *Infortiatum* (24,

cinquante livres (1); chaque livre (sauf les livres XXX à XXXII) comprend plusieurs titres; chaque titre, un nombre variable de fragments (2) empruntés aux écrits des classiques. Les matières sont distribuées en général suivant l'ordre de l'Édit ou plutôt des commentaires sur l'Édit, surtout ceux d'Ulpien. On y a rattaché les matières appartenant au *jus civile,* tantôt comme une annexe, tantôt en les fusionnant, parfois en donnant la place principale au droit civil comme pour le testament, le legs, la dot, la tutelle (3).

c) Le troisième recueil fut destiné à l'enseignement élémentaire : ce sont les *Institutes,* dont la rédaction fut confiée à deux professeurs de droit, Théophile et Dorothée, sous la direction de Tribonien (4). Le plan de l'ouvrage est celui des Institutes de Gaius (5). On y retrouve la division en quatre livres, mais on y a introduit une subdivision en titres étrangère à Gaius. Les matériaux ont été empruntés aux Institutes et aux *Res cottidianæ* de Gaius, aux Institutes de Florentin, d'Ulpien et de Marcien, peut-être à quelques autres ouvrages classiques. Contrairement à ce qui a été fait pour le Digeste et le Code, les rédacteurs n'ont pas indiqué la provenance des extraits (6); mais ils ont fait les

3,2 à 38); *Digestum vetus* (39-50). La Vulgate procède en partie de la Florentine, en partie d'un manuscrit indépendant qui a fourni des corrections importantes et comblé quelques lacunes. Un fac-similé de la Florentine est en cours de publication à Rome depuis 1902. La meilleure édition est celle de Mommsen, 2 vol., 1870, dont le texte est reproduit dans l'édition stéréotype du *Corpus juris,* publiée par Mommsen, Krueger et Schöll. Depuis 1920, les interpolations sont indiquées dans un appendice. Elles sont en note dans une édition du Digeste, d'un format très commode, publié en Italie par Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja en 1908. (Le tome Ier, comprenant les 28 premiers livres, a seul paru.)

(1) Il y a une autre division en 7 parties; elle a été empruntée aux commentaires sur l'Édit. Voir les détails dans *c.* Δέδωκεν, 1-8.

(2) Pour la commodité des recherches, les éditeurs modernes ont divisé ces fragments en paragraphes lorsqu'ils contiennent des décisions distinctes. Le premier paragraphe est appelé *pr*[*incipium*]; le second porte le n° 1; le troisième, le n° 2, etc.

(3) Les fragments qui composent chaque titre ne sont pas classés dans un ordre méthodique : ils sont répartis en trois séries; la première *(série Sabinienne)* composée d'extraits des *libri ad Sabinum;* la seconde *(série Edictale);* d'extraits des *libri ad Edictum;* la troisième *(série Papinienne),* d'extraits des Questions et des Réponses de Papinien, Paul et Scævola. Ces trois séries sont souvent complétées par des extraits d'une série supplémentaire comprenant des ouvrages que les compilateurs n'ont eu sans doute que tardivement à leur disposition. L'ordre des séries dans chaque titre est parfois modifié en raison de l'étendue des fragments de l'une d'elles; parfois aussi une ou deux séries manquent lorsque la matière n'est pas traitée dans les livres correspondants. C'est à Bluhme que l'on doit la découverte de l'ordre suivi par les compilateurs dans chaque titre du Digeste (*Z. Rw.*, 1820, IV, 257). Elle a été vainement contestée par Hofmann (*Kritische Studien*, 1900); cf. Mommsen, *Sav. Z.*, XXI, 1, et les tableaux publiés par Krueger, *ibid.*, 32. La découverte de Bluhme présente un grand intérêt scientifique : elle permet de reconstituer la genèse de l'œuvre de Tribonien, souvent même de reconnaître si deux fragments juxtaposés ont été rapprochés par les classiques eux-mêmes dans le recueil original ou par les compilateurs. Bonfante, II, 106.

(4) Cf. sur les manuscrits et les éditions des Institutes, Ed. Cuq, *N. R. H.*, I, 637.

(5) Le livre IV, qui n'était plus en harmonie avec le droit en vigueur, a été remanié : on a reporté au commencement les obligations délictuelles qui terminent le livre III de Gaius; on a ajouté à la fin deux titres qui ne sont pas dans Gaius : *de officio judicis* et *de publicis judiciis.*

(6) On a discuté la question de savoir s'ils ont fait des emprunts directs aux ouvrages originaux, ou s'ils ont uniquement puisé dans le Digeste. Il paraît aujourd'hui certain que les deux procédés ont été employés. Cf. Ferrini, *Rendiconti dell' Istituto Lombardo*, XXIII, 131; *dell' Accad. dei Lincei,* VI, 326; *Bull. dir. R.*, XIII, 101, Appleton, *Rev. Gén.*, XV, 12; 97; *Bull. dir. R.*, III, 245, Zocco-Rosa, *Imp. Justiniani Institutionum Palingenesia*, 1911.

corrections et les additions nécessaires pour mettre leur travail en rapport avec les changements introduits dans la législation. Bien que destinées à l'enseignement, les Institutes ont reçu force de loi : elles furent publiées le 21 novembre 533 et rendues exécutoires en même temps que le Digeste.

d) Les *Novelles* de Justinien ont été promulguées de 533 à 565. Elles sont presque toutes en grec ; quelques-unes ont été rédigées en latin, ou en latin et en grec. Il en existe trois recueils d'inégale valeur : l'un est un abrégé, publié en latin sous Justinien, par un professeur de droit de Constantinople, Julien ; l'autre contient le texte des novelles latines et une traduction des novelles grecques (1) ; le troisième est le plus complet ; il renferme 168 novelles : 157 de Justinien, 4 de Justin II, 3 de Tibère II et quelques édits de préfets du prétoire du VIe siècle (2). Dans les éditions modernes, on y joint 22 novelles qui nous ont été transmises d'une façon indépendante, 9 comme appendices à l'*Epitome* de Julien, 13 par un manuscrit de Venise.

Quelles que soient les critiques que l'on puisse adresser aux compilateurs du Code, du Digeste et des Institutes, on ne saurait trop louer Justinien d'avoir sauvé de la destruction l'œuvre de la jurisprudence classique. Si l'on compare le Digeste aux recueils des lois romaines, rédigés quelques années plus tôt sur l'ordre des rois barbares, on aperçoit de suite la supériorité et le caractère scientifique de la conception de Justinien : au lieu d'un abrégé informe de quelques ouvrages composés en vue de la pratique judiciaire, Justinien nous a donné une immense collection de textes appartenant à tous les grands jurisconsultes. Grâce à lui, la science moderne peut suivre le développement des doctrines, les progrès du droit et de la jurisprudence, depuis la fin de la République jusqu'à Dioclétien (3).

§ 2. **Les écrits des jurisconsultes.** — 1. CLASSIFICATION. — On classe ordinairement ces écrits en deux catégories : les uns ont été composés pour l'enseignement, les autres pour la pratique.

1° Les premiers sont : *a)* des traités élémentaires présentant soit un exposé systématique de l'ensemble du droit *(institutiones)*, soit une série de règles destinées sans doute à être apprises par cœur *(libri regularum)* ; *b)* des commentaires portant sur des lois, des sénatus-consultes ou sur l'édit des magistrats, et dans lesquels l'auteur joint à l'exégèse du texte des développement dogmatiques.

2° Les écrits principalement destinés à la pratique sont d'abord des recueils d'espèces, sous forme de *réponses* ou de *lettres*, ou des recueils contenant un choix de théories *(quæstiones, disputationes, opiniones, mem-*

(1) C'est la Vulgate *(versio vulgata)* qui, au moyen âge, fut suivie exclusivement dans les tribunaux d'Occident. On lui donna le nom d'Authentique, lorsqu'on reconnut qu'elle contenait un texte plus exact et plus complet que celui de Julien. Cf. sur les divers recueils, P. NOAILLES, *les Collections de Novelles de l'empereur Justinien*, 1912.

(2) La meilleure édition est celle de Schœll, terminée par Kroll en 1895 : elle contient le texte grec, la Vulgate et une traduction latine plus correcte. Cf. NOAILLES, *la Collection grecque des 168 Novelles*, 1914.

(3) Les lois de Justinien ont été coordonnées au XVIIIe siècle par un professeur de l'École d'Orléans, Pothier (1699-1772), dans ses *Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ*, 1748-1752.

branæ, variæ lectiones), puis des traités généraux *(libri juris civilis* (1), *pandectæ* (2), *digesta)* (3), des monographies, de nombreux traités sur les *officia* des magistrats, sortes de manuels à l'usage des fonctionnaires publics (4).

La classification qui précède est commode : elle n'a rien de rigoureux. Les *quæstiones* par exemple et les *disputationes* conviennent aussi bien à l'enseignement qu'à la pratique : on y trouve à la fois des espèces et des questions d'école. De même certains ouvrages, portant le titre d'*institutiones* ou de *regulæ,* ont une étendue telle qu'ils devaient s'adresser à des praticiens plutôt qu'à des étudiants (5).

2. Transmission. — Les écrits des jurisconsultes nous sont parvenus, les uns isolément, les autres par diverses compilations du Bas-Empire.

1° Parmi les premiers, les plus importants sont les Règles d'Ulpien et les quatre livres des Institutes de Gaius (6). Le premier recueil, publié en 1549, est un abrégé du *lib. sing. regularum* d'Ulpien; on n'en possède qu'une partie. Le second a été conservé presque en entier. Il présente un intérêt exceptionnel pour l'intelligence du droit classique : c'est un exposé bref et méthodique du droit en vigueur au temps des Antonins (7). Découvert, en 1816 à Vérone, par Niebuhr sur un palimpseste de la bibliothèque du chapitre de la cathédrale, le texte a été déchiffré non sans difficulté, tant à cause de l'état du parchemin qu'en raison des abréviations employées par le scribe (8). Le travail des

(1) Tels sont les traités de Q. Mucius Scævola, M. Terentius Varro, Aulus Ofilius Vitellius, Sabinus, Cassius.

(2) D'après H. Pernice (*Miscell.*, 72), dans les *Pandectæ*, le caractère dominant serait celui de la synthèse; dans les *Digesta*, celui de l'analyse.

(3) A la fin de la République, les *Digesta* sont des compilations formées par la réunion des écrits d'un ou de plusieurs jurisconsultes : tels sont les *Digesta* d'Alfenus Varus et d'Aufidius Namusa. Au IIe siècle, ce sont des ouvrages contenant un exposé doctrinal et méthodique de l'ensemble du droit. Les auteurs de ces ouvrages, Celsus, Julien, Marcellus, Scævola, ont souvent utilisé leurs travaux antérieurs pour en coordonner les doctrines; ainsi s'expliquent que plusieurs textes de Scævola se retrouvent dans son Digeste et dans ses autres ouvrages. Cette distinction est rejetée par Mommsen : d'après lui, tous les *Digesta* seraient des recueils où l'on trouverait classés, dans un ordre méthodique, les écrits d'un ou de plusieurs jurisconsultes; ce serait l'édition complète de leurs œuvres. Cette opinion excessive n'est pas généralement admise. Cf. Kuntze, II, 347; Krueger, 143, 21.

(4) Q. Ælius Tubero, *de officio judicis* (Gell., XIV, 2, 20); Capito, *de officio senatoris* (Gell., IV, 10, 7); Marcellus, *de off. consulis*, etc.

(5) Florentin, lib. 12 *Inst.;* Marcien, 16 *Instit.*; Modestin, lib. 10 *Regularum*.

(6) On trouvera l'indication des autres dans notre article Jurisconsulti (*Dict. Antiq.*, III, 724). Tous ces textes ont été publiés par Huschke (*Jurisprudentiæ antejustinianæ reliquias ed.* Seckel, Kuebler, 1908-1911), Krueger (*collectio librorum juris antejustiniani,* 5e éd.. 1905), Girard.

(7) Gaius fut contemporain d'Hadrien (*D.*, XXXIV, 5, 7 pr.), d'Antonin le Pieux dont il cite souvent les rescrits, de Marc-Aurèle; il vivait encore en 178, date du Sc. Orfitien qu'il a commenté. On ne sait rien de plus sur sa biographie; on ignore même son nom, car Gaius n'est qu'un prénom. On a conjecturé qu'il était originaire de la province proconsulaire d'Asie Mineure. Cf. Glasson, *Gaius,* 17; Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius;* Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm. Juristen von Hadrian bis Alexander*, 1908, p. 57. Sur le caractère composite des Institutes de Gaius, cf. Huvelin, *Etudes sur le* furtum, I, 736.

(8) Le manuscrit est du Ve siècle; il servit au VIe à une copie des *Epistulæ* et des *Polemica* de saint Jérôme. M. E. Chatelain a trouvé en 1898, au séminaire d'Autun, un palimpseste du début du VIe siècle. dont quelques feuillets contiennent une interprétation *ad usum scholarum* des Institutes de Gaius. Ces feuillets ont été publiés par Krueger (*op. cit.*), Ferrini et Scialoja, *Bull. dir. R.*, XIII, 1900. Cf. Girard, *Textes,* 333; Riccobono, *Fontes,* 193.

premiers éditeurs a été révisé par Studemund; les résultats de cette révision ont été consignés dans l'édition publiée par cet auteur et par Krueger en 1884 (1).

2° Les compilations faites au Bas-Empire sont de deux sortes : les unes sont mixtes et comprennent à la fois des règles admises par les classiques *(jus vetus)* et des lois nouvelles édictées par les empereurs *(leges)*; les autres sont entièrement extraites des écrits des classiques.

Les recueils mixtes ont été formés par des particuliers ou sur l'ordre de certains rois barbares. Dans la première catégorie rentrent : 1° les fragments du Vatican, découverts en 1821 dans un palimpseste de la Bibliothèque du Vatican et composés d'extraits des écrits de Papinien, Paul et Ulpien, et de constitutions impériales. Ce recueil, qui date du IVe siècle (2), donne pour certaines constitutions le texte original au lieu de l'abrégé inséré au Code Théodosien (3); 2° la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum,* rédigée entre 390 et 438. Ce recueil, publié par P. Pithou en 1573, contient, à côté de règles du droit mosaïque empruntées à une traduction latine de la Bible des Septante, des extraits des constitutions impériales et des écrits de Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin; 3° la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti,* publiée par Cujas en 1577. C'est un recueil de consultations (4) dans lequel l'auteur a inséré, à côté de constitutions tirées des trois Codes, des extraits des *Sentences* de Paul qui, pour la plupart, ne sont pas dans l'abrégé ou bréviaire d'Alaric (5).

A la seconde catégorie appartiennent trois recueils publiés au début du VIe siècle par les rois barbares en vue de leurs sujets romains : 1° la loi romaine des Wisigoths, rédigée en 506 sur l'ordre d'Alaric II. Elle contient des extraits du Code Théodosien et des novelles postérieures, un abrégé du commentaire de Gaius, puis des extraits (suivis d'une *interpretatio)* des Sentences de Paul, des Codes Grégorien et Hermogénien, enfin un texte de Papinien; on désigne habituellement ce recueil sous le nom de *Bréviaire d'Alaric* (6); 2° la loi romaine des Bur-

(1) Une reproduction phototypique du manuscrit a été publiée à Leipzig en 1909.

(2) La plus ancienne constitution est de 205, la plus récente de 372 (§§ 267 et 37).

(3) Cf. par exemple le § 35 avec *C. Th.*, III, 1, 2

(4) D'après GIRARD, *Textes*, 621, cette consultation paraît avoir été écrite en France : Yves de Chartres cite dans son Décret (XVI, 201) un texte qui ne se trouve pas dans la *Consultatio* (I, 7, 8; IV, 3). Mais la raison est peu probante, comme l'a établi P. FOURNIER, *les Collections canoniques attribuées à Yves de Chartres*, 1897, p. 78, 3.

(5) Une autre compilation, dont on n'a que des traductions syriaque, arabe, arménienne et araméenne, faites d'après un original grec, est désignée sous le nom de *Livre de droit syro-romain*. Elle a été l'objet de rédactions successives : la première remonte à 371; un des manuscrits porte le titre : lois civiles réunies sur l'ordre de Valentin(ien) par Ambroise, confesseur (peut-être l'évêque de Milan); la seconde rédaction a été faite en 468 (517 de l'ère d'Antioche); les additions ont été empruntées aux lois de Théodose et de Léon Ier; on y a joint une loi de 474. Bien que les manuscrits soient postérieurs à Justinien, on n'a pas tenu compte des lois de cet empereur, sauf pour quelques références (*Nov*. 97), probablement parce qu'ils ont été faits pour des régions qui n'appartenaient plus à l'empire. Les textes d'abord connus ont été publiés par BRUNS et SACHAU, *Syrisch-röm. Rechtsbuch*, 1880; ceux qu'on a récemment retrouvés au Vatican, par SACHAU, *Syrische Rechtsbücher*, 1907. Cf MITTEIS, *Ueber drei neue Handschriften des syr. röm. Rechtsb.*, 1905.

(6) Une édition nouvelle a été publiée à Madrid, d'après un palimpseste de la cathédrale de Léon. Cf. L. DELISLE, *J. des Savants*, 1897, p. 190. L'*epitome* de Gaius

gondes (1), rédigée sur l'ordre de Gondebaud. Elle contient des extraits des trois Codes, de Gaius et des Sentences de Paul, avec les *interpretationes* (2); 3° l'édit de Théoderic, qui renferme des règles applicables aux Ostrogoths et aux Romains; une partie est empruntée aux Codes, aux Sentences de Paul et aux *interpretationes* (3).

La plupart des textes classiques ont été transmis d'une façon fragmentaire par le Digeste de Justinien (4). Les extraits, qui composent ce recueil, sont empruntés aux jurisconsultes gratifiés du *jus respondendi* (5). Exception a été faite pour trois auteurs de la fin de la République : Q. Mucius, Alfenus Varus, Ælius Gallus (6). En tout, on a mis à contribution près de deux mille livres contenant trois millions de lignes (7). Les textes de cette provenance ne reproduisent pas toujours l'original : ils ont subi parfois des corrections portant sur la forme ou sur le fond (8). On a supprimé certains termes qui se rapportaient à des institutions tombées en désuétude *(in jure cessio, cretio, fidepromissio, vadimonium);* on les a remplacés par des termes empruntés à des institutions analogues (*fiducia* par *pignus, mancipare* par *tradere,* etc.). On a abrégé des textes, ce qui leur donne une portée générale qu'ils n'avaient pas dans la pensée de leur auteur. On y a fait des additions pour les mettre en rapport avec le droit en vigueur au VIe siècle. Ces interpolations (9) rendent parfois difficile l'interprétation de la pensée de l'auteur du texte, mais Justinien a rendu aux commentateurs modernes un service inappréciable en indiquant, en tête de chaque fragment, le nom du jurisconsulte et le titre de l'ouvrage auquel il a été emprunté.

et l'*interpretatio* paraissent antérieurs à la loi des Wisigoths. L'édition des Sentences de Paul, de P. Krüger, est peu satisfaisante. Cf. SCHULZ, *Sav. Z.*, XLVII, p. XVIII, 39.

(1) On l'appelle le *Papien* par suite d'une méprise : sous la domination franque, la loi des Burgondes devint le complément du Bréviaire d'Alaric qui se terminait par les mots *Incipit Papiniani lib. 1 Resp.* D'où le nom de Papinien, abrégé en Papien.

(2) *Mon. Germaniæ : Leges,* III, 579.

(3) *Ibid.*, V, 146. Cf. GAUDENZI, *Sav. Z.*, G. A., VII, 29.

(4) Il y en a aussi un certain nombre dans les Institutes de Justinien, en dehors de ceux qui ont été empruntés aux Institutes de Gaius. — Les fragments des jurisconsultes antérieurs à Hadrien ont été publiés par BREMER, *Jurisprudentiæ Antehadrianæ quæ supersunt*, 2 vol., 1896-1901.

(5) Const., *Deo auctore*, § 4. La liste de ces jurisconsultes et de leurs œuvres est donnée dans l'*Index auctorum* placé en tête du Digeste. Const. Δέδωκεν, § 20.

(6) Cf. BLUHME, *Z. g. Rw.*, IV, 402.

(7) Const. Δέδωκεν, § 1. D'après KRUEGER, 372, le chiffre de 2 000 doit être réduit à 1 625 livres environ. Il fait observer que la division des ouvrages en livres dépend surtout des matériaux employés pour écrire : on se servait de rouleaux de papyrus. Chaque rouleau correspond à un livre, chaque livre contient en moyenne de 1 500 à 2 500 lignes d'environ 35 lettres. Cf. BIRT, *Das antike Buchwesen*, p. 13.

(8) Il est vraisemblable qu'une partie de ces interpolations sont dues aux juristes byzantins antérieurs à Justinien.

(9) Un bon nombre ont été signalées depuis longtemps, notamment par CUJAS et Ant. FABRE (*Conjecturarum lib.* XX, 1599; *Rationalia in Pandectas*, 1604). On les a plus activement recherchées depuis la fin du siècle dernier. Sur les procédés divers employés pour les reconnaître, cf. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, 1887; *Sav. Z.*, VII, 45; EISELE, *eod.*, VII, 15; X, 296; XII, 1; XIII, 118; H. APPLETON, *Les interpolations dans les Pandectes,* 1895; KALB, *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten*, 1897; BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen,* 1911-1920. Les principales sont indiquées dans la *Palingenesia* de LENEL, dans l'édition de l'*Handbuch zu den Quellen des röm. Rechts* de Heumann par SECKEL, 1914. La direction de la *Savigny Stiftung* prépare un répertoire méthodique des interpolations (*Sav. Z.*, XXX, 1909). Cf. p. 61, 8.

Grâce à ces renseignements, on a pu reconstituer dans une certaine mesure l'œuvre des divers jurisconsultes (1) et suivre l'évolution de la jurisprudence aux trois premiers siècles de l'empire.

§ 3. **Les actes juridiques.** — Les actes juridiques au sens le plus large (contrats, testaments, quittances, actes judiciaires, etc.) fournissent des renseignements précieux sur l'application du droit. Ils nous montrent la pratique à côté de la théorie que font connaître les actes législatifs. Bon nombre de ces actes ont été conservés par des inscriptions gravées sur pierre, marbre, bronze (2), ou même sur des tablettes de cire (3) ; d'autres sont écrits à l'encre sur une sorte de papier fabriqué avec la moelle d'une plante que l'on cultivait en Égypte, le papyrus (4). Dans la plupart des régions de l'Empire, ce papier a été détruit par l'humidité ou par la main des hommes (5). En Égypte, il s'est conservé principalement dans les ruines de cités jadis florissantes et qui, abandonnées par leurs habitants, ont été ensevelies sous les sables du désert : la sécheresse de l'air l'a préservé de la destruction.

Les écrits sur papyrus sont en général rédigés en langue grecque; ils contiennent les documents les plus divers : lettres de famille ou de commerçants, fragments d'historiens ou de poètes, correspondance administrative, et surtout actes privés ou publics, pleins de renseignements sur l'application du droit et sur l'organisation financière et administrative, soit à l'époque Ptolémaïque, soit pendant la domination romaine du Iᵉʳ au VIIᵉ siècle de notre ère (6).

CHAPITRE V

Le droit romain depuis Justinien jusqu'à nos jours

I. Application du droit romain.

La législation de Justinien est restée en vigueur jusqu'à la fin de l'empire byzantin. Elle a été temporairement écartée au VIIIᵉ siècle sous les empereurs iconoclastes. Mais cette réaction, qui a trouvé son expres-

(1) Ce travail a été fait par HOMMEL en 1768 et par LENEL en 1889, dans leur *Palingenesia*.

(2) Un choix d'inscriptions juridiques latines se trouve dans BRUNS, *Fontes* 7, 283, GIRARD, *Textes*, 801. Cf. pour le droit grec le *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, de DARESTE, HAUSSOULLIER et Th. REINACH, 1891-1904.

(3) Telles sont les quittances d'un banquier de Pompéi, du Iᵉʳ siècle de notre ère, tels aussi les triptyques de Transylvanie du IIᵉ siècle.

(4) Cf. G. LAFAYE, *Dict. Antiq.*, IV, 319; WILCKEN, *Grundz.*, XI-LXXII.

(5) A Ravenne, on a trouvé un certain nombre de papyrus des Vᵉ, VIᵉ et VIIᵉ siècles, qui ont été publiés par Marini en 1805.

(6) Un choix de papyrus égyptiens a été publié par WILCKEN et MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912; le premier volume contient la partie historique, le second la partie juridique. Un grand nombre de papyrus de l'époque de Justinien ont été déchiffrés et édités par Jean MASPERO dans le *Catalogue des papyrus grecs d'époque byzantine* du Musée du Caire, 3 vol., 1910-1914. Quelques papyrus de la fin du VIᵉ siècle (574-594) ont été publiés par HEISENBERG et WENGER, *Byzantinische Papyri*, 1914. Ceux du *British Museum* ont été publiés par H.-I. BELL (*P. Lond.*, V), 1917.

sion dans l'*Ecloga legum,* a été de courte durée. Ce recueil, rédigé en langue grecque en 740 sur l'ordre de Léon l'Isaurien et de son fils Constantin Copronyme, contient un choix de lois sur les matières les plus usuelles (1). Il a été complété par des appendices sur les lois agraires (2), les lois Rhodiennes (3), la discipline militaire.

Dans la seconde moitié du IXe siècle, Basile le Macédonien abrogea ces lois et résolut de restaurer la législation de Justinien (4). Pour remplacer l'*Ecloga,* il fit rédiger un nouveau manuel divisé en 40 titres : le *Prochiron legum* publié en 870. Une seconde édition révisée et augmentée fut préparée vers 885, sous le nom d'*Epanagoge,* mais elle ne semble pas avoir été officiellement promulguée (5). Basile entreprit en même temps une révision générale des lois civiles *(repurgatio veterum legum).* Il voulait faciliter l'étude des textes législatifs en faisant traduire en grec ceux qui étaient en latin, puis en coordonnant les règles éparses dans les quatre collections de lois de Justinien. Cette œuvre considérable fut achevée ou refondue entre 886 et 893, par le fils de Basile, Léon le Sage (6). Elle reçut le nom de τὰ βασιλικὰ [νόμιμα], lois impériales ou *Basiliques.* L'ouvrage est divisé en 60 livres et subdivisé en titres. On y a joint des annotations ou scolies extraites des commentaires contemporains de Justinien. On l'a complété du Xe au XIIe siècle par des scolies nouvelles (7).

Les Basiliques et le *Prochiron* ont joui d'une grande autorité dans l'Empire d'Orient (8). Au milieu du XIVe siècle, Harménopoule, juge à

(1) Fiançailles, mariage, dot, donations, successions, curatelle, affranchissements, contrats, preuves, transaction, pécules, peines, partage des dépouilles.

(2) Elles ont trait aux peines et réparations pécuniaires infligées aux colons en raison des délits commis ou des dommages causés par eux à l'occasion de la culture. Ferrini, *Byzant. Z.*, VII, 558; W. Ashburner, *J. of Hellenic Studies*, XXX, 85.

(3) Dareste, *N. R. H.*, XXIX, 429.

(4) Cf. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, 1846, III, 500.

(5) Cf. Zachariæ, *Geschichte des griech. röm. Rechts* [3], 1892, p. 85.

(6) On ignore si Léon s'est borné à compléter l'œuvre commencée par Basile, ou s'il en a publié une seconde édition. On ignore également la date exacte de cette publication; mais on sait que le recueil des *Novelles* de Léon est postérieur aux *Basiliques;* or, ces Novelles ont été rendues de 886 à 892.

(7) Une édition des *Basiliques*, avec une traduction latine, a été publiée par Heimbach en 6 volumes (1833-1870); elle a été complétée par Ferrini en 1897. Elle ne répond pas aux exigences de la critique, comme l'ont montré Peters, *op. cit.*, et Mitteis, *Sav. Z.*, XXXIV, 402. Heimbach n'a pas tenu compte de la disposition matérielle des scolies sur les manuscrits des *Basiliques*, disposition très apparente sur le manuscrit Coislin, 152, de notre Bibliothèque Nationale. Le texte grec du Digeste est au milieu de la page en grosse écriture ; il est entouré d'une double chaîne de scolies. C'est une disposition analogue à celle qui a été adoptée sur les manuscrits de la Bible : le texte sacré est entouré d'une chaîne formée d'extraits des commentaires des théologiens. De même, pour les *Basiliques*, les scolies de la première chaîne qui entoure le texte de Justinien, sauf du côté de la marge intérieure, sont empruntées aux commentaires de jurisconsultes contemporains de Justinien (Théophile, Dorothée, Stéphane) et de l'auteur de la chaîne qui vivait à la fin du VIe ou au début du VIIe siècle. Comme il n'avait pas mis son nom en tête de chaque extrait de son commentaire, les copistes ont attribué ces scolies à « l'anonyme ». Toutes ces scolies de la première chaîne ont une valeur bien autrement grande que celles qui ont été ajoutées, trois siècles plus tard, sur la marge intérieure et sur la partie restée libre au-dessus et au-dessous de la première chaîne. Il est regrettable que, dans l'édition d'Heimbach, on ne puisse distinguer ces deux sortes de scolies; les indications données par l'éditeur sont insuffisantes et souvent inexactes.

(8) Les lois contenues dans les compilations de Justinien n'ont pas été abrogées par les *Basiliques :* elles ont conservé leur valeur sur tous les points où elles n'ont

Thessalonique, a reproduit le *Prochiron* en tête de son *Promptuarium* en 6 livres et l'a complété par des extraits de la *Synopsis* des Basiliques, des Novelles postérieures, des Romaïques, des édits des Préfets de la ville et des manuels les plus estimés (1).

Ce n'est pas seulement en Orient que la législation de Justinien a continué à être appliquée. Il en fut de même dans les régions de l'Italie qui, après Justinien, restèrent pendant plusieurs siècles soumises à ses successeurs (2). Dans ces régions imprégnées d'hellénisme, on faisait encore usage, au milieu du XIIIe siècle, de formulaires byzantins. Comme en Orient, les fonctions de notaire étaient remplies par un prêtre désigné par l'archevêque (3).

Dans les Gaules, qui depuis la chute de l'Empire d'Occident étaient au pouvoir des rois barbares, la législation de Justinien a pénétré tardivement, lorsque l'étude scientifique du droit romain a commencé à se développer (p. 70). Mais, grâce au système de la personnalité des lois, les règles du droit antéjustinien y ont conservé leur application pour les procès entre Romains. Il en fut ainsi chez les Burgondes et les Wisigoths (p. 65) et vraisemblablement chez les Francs. A partir du XIIe siècle, la législation de Justinien reçut force de loi dans le midi de la France : le Digeste, le Code, les Institutes et les Novelles formèrent le droit écrit que l'on observa jusqu'à la promulgation du Code civil partout où la coutume n'y avait pas dérogé. Dans les autres régions de la France, le droit romain a été, depuis le XIVe siècle, appliqué à certaines matières, telles que les contrats et les obligations.

II. Méthodes diverses appliquées à l'étude du droit romain.

L'étude d'une législation comprend en général trois opérations :

1° L'analyse des textes, l'examen des cas qu'ils prévoient, l'interprétation des décisions qu'ils renferment; la définition des rapports de droit que la loi a réglementés, des institutions auxquelles ces rapports se rattachent; 2° la recherche des principes dont les textes contiennent des applications et des conséquences logiques qu'on peut en déduire; 3° l'histoire des dispositions législatives et des institutions juridiques, c'est-à-dire la recherche des causes qui en ont déterminé l'établissement, des modifications qu'elles ont subies au cours des siècles, des analogies ou des différences qu'elles présentent avec celles des autres pays.

pas été modifiées. On a continué à les invoquer, par exemple dans la *Meditatio de nudis pactis*. Cf. Monnier, *N. R. H.*, XXXVII, 509.

(1) D'après Mortreuil, III, 355, les Romaïques ne sont autres que la πεῖρα Romani, c'est-à-dire le recueil d'actes juridiques publié par Eustathius Romanus Magister. La *Synopsis* est un extrait des Basiliques : les matières y sont classées dans l'ordre alphabétique (Bibl. Nat., ms. 1428). Zachariæ, *Jus græco-romanum*, t. V.

(2) En 568, trois ans après la mort de Justinien, les Lombards s'établirent dans le nord de l'Italie : l'empire d'Orient ne conserva que l'exarchat de Ravenne, les duchés de Vénétie, de la Pentapole, de Rome, de Pérouse, de Naples et de la Calabre. Deux siècles plus tard, en 752, les Lombards lui enlevèrent l'exarchat de Ravenne, la Pentapole et l'Istrie. En 774, Charlemagne fonde les États de l'Église et le royaume d'Italie sous la domination franque. L'Empire d'Orient ne garde que Pise, Naples et les villes du littoral à l'extrémité sud de l'Italie.

(3) Cf. P. Ferrari, *Formulari notarili inediti dell'età Bizantina*, 1912.

A chacune de ces trois opérations correspond une méthode spéciale : exégétique, déductive, historique. Bien qu'elles se complètent respectivement, elles ont été tour à tour en faveur suivant les époques. L'usage qu'on a fait de ces diverses méthodes depuis le moyen âge a donné lieu à bien des critiques : ces critiques portent moins sur le mérite de chaque méthode que sur la façon dont on l'a appliquée. Il est nécessaire d'en prendre un aperçu.

§ 1er. **Irnerius et les glossateurs.** — On a soutenu pendant longtemps que jusqu'à la fin du XIe siècle l'étude du droit romain a été délaissée ou tout au moins n'a eu aucun caractère scientifique (1); il y aurait eu, à la fin du XIe siècle, une résurrection de la science du droit à l'école de Bologne. Il est aujourd'hui démontré que le droit romain n'a pas cessé d'être enseigné, soit dans les écoles d'arts libéraux, soit dans de véritables écoles de droit (2). En France, en Angleterre, en Allemagne, il avait pour objet le Bréviaire d'Alaric; en Italie, les Institutes de Justinien. Le centre des études juridiques, qui était d'abord à Rome, fut transféré à Ravenne lorsque Rome eut été dévastée par la guerre (3). En dehors du droit romain, le droit Lombard était enseigné à Pavie, où il existait une école florissante au début du XIe siècle. De cette période il reste des travaux de deux sortes : des gloses dont la principale est la glose des Institutes (dite de Turin) et des Précis destinés à l'enseignement élémentaire, comme les *Exceptiones legum romanarum*, rédigées à Pavie vers 1063 par le professeur Petrus, et le *Brachylogus juris civilis* composé à Orléans vers la fin du XIe siècle (4).

A la même époque remontent les premiers travaux sur le droit romain d'un maître de l'école des arts libéraux de Bologne, Irnerius (5). Il se posa dès l'abord en adversaire des professeurs de l'école de Ravenne (6). Il leur reprochait de s'écarter en certains cas du droit romain comme s'ils étaient investis du *jus respondendi* ; d'admettre des principes empruntés au droit Lombard et à la pratique judiciaire du nord de l'Italie. Irnerius inaugura un enseignement consacré à l'exégèse des textes législatifs de Justinien, à l'exclusion de tout élément étranger et sans se préoccuper de leur application pratique (7). Ses explications et celles de ses disciples (8) furent publiées sous la forme d'annotations ou de gloses, placées à la suite ou en marge du texte ori-

(1) Cette opinion est encore soutenue par Max Conrat, *Gesch. der Quellen und Litteratur des röm. Rechts im früheren Mittelalter*, 1889-1891; J. Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, 1890; *Mél. Fitting.*, 1907, p. 355; Kantorowicz, *Sav. Z.*, XXX, 196; 252; XXXI, 1.

(2) Fitting, *les Commencements de l'Ecole de droit de Bologne* (trad. Leseur), 1888.

(3) Odofredus, ad l. 82. *D.*, XXXV, 2. Cf. Savigny, *Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter*, 2e éd., III, 428.

(4) Cf. Fitting, *op. cit.*, 60; 68.

(5) L'activite d'Irnerius se place entre 1088 et 1125. Cf. sur ses travaux, Pescatore, *Sav. Z.*, XXXIII, 524.

(6) D'après Burchard d'Ursperg († 1226), Irnerius se mit à l'étude du droit romain à l'instigation de la comtesse Mathilde de Toscane; partisan de Grégoire VII, elle voyait avec déplaisir les juristes de Ravenne, hostiles au pape, appelés dans les tribunaux Toscans, comme assesseurs ou avocats. Cf. Fitting, 99.

(7) Cf. Landsberg, *Die Glossen des Accursius*, 1883, p. 43.

(8) Les principaux sont les quatre docteurs : Martin, Bulgare, Jacob, Hugo; puis Azo, Placentin, Accurse, Odofredus.

ginal (1). Bien que l'usage des gloses soit de beaucoup antérieur à Irnerius (2), on a réservé aux maîtres de l'école de Bologne le nom de *glossateurs*. L'œuvre des Bolonais a été recueillie dans la Grande Glose, composée par Accurse (3) au milieu du XIIIe siècle. et qui pendant longtemps a joui d'une autorité presque égale à celle de la loi (4).

La vogue de l'école de Bologne a été très grande au XIIe siècle : de tous les pays les étudiants vinrent en cette ville parce que là seulement on apprenait le droit romain dans sa pureté. L'engouement était tel que les ecclésiastiques délaissaient l'étude de la théologie pour celle du droit romain. Plusieurs conciles leur défendirent de s'occuper des lois romaines. En 1220, une décrétale d'Honorius III a confirmé cette prohibition et interdit d'enseigner le droit romain à Paris et dans les villes voisines (5).

§ 2. **Bartole et les commentateurs.** — La méthode suivie par les glossateurs avait le grave défaut de laisser de côté l'application pratique du droit. Vers la fin du XIIIe siècle. quelques jurisconsultes entrent dans une voie nouvelle : renonçant à l'interprétation littérale des lois romaines. ils s'exercent à en dégager des principes et des théories pour en déduire, par voie de syllogisme, des conséquences adaptées aux besoins de la pratique. A l'exemple des théologiens et des philosophes, ils emploient la dialectique scolastique.

Jacques de Révigny, professeur à l'école d'Orléans, fut le premier à en faire usage (6). Dialecticien subtil, il ne se résigne pas à abdiquer sa liberté de jugement devant l'autorité de la glose. Pénétré des exigences de la pratique, il refuse d'assujettir la science du droit à l'observation des règles du *Corpus juris*. Un de ses élèves, l'Italien Cinus (abréviation de Guittoncinus), propagea dans sa patrie les idées de son maître (7) ; il eut à son tour pour élève Bartole (1314-1357) dont les écrits et l'enseignement assurèrent le succès de la nouvelle méthode.

Désormais les brèves annotations des glossateurs font place à des commentaires abondants où les règles du droit romain sont combinées avec celles des droits locaux et du droit canonique. L'étude du *Corpus juris* n'est qu'un prétexte pour construire un droit commun, destiné à remplacer les coutumes locales dont la diversité était une source de procès. Ainsi s'explique l'autorité acquise par les commentaires de Bar-

(1) Cf. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, 1888; BESTA, *l'Opera d'Irnerio*, 1896.

(2) Il remonte à l'époque de Justinien. Cf. FITTING, 50-57.

(3) Né vers 1182, mort vers 1260. (Cf. SAVIGNY, V, 269.) Les gloses contiennent ordinairement l'analyse du texte, puis l'indication de l'espèce prévue (*casus*), des textes parallèles avec un essai de conciliation des décisions contradictoires. En dehors des gloses, les disciples d'Irnerius ont aussi composé des *Sommes* où ils ont résumé les résultats acquis sur une matière déterminée; des *Apparats* qui contiennent le commentaire d'un ou de plusieurs titres; des *Brocards* ou règles de droit empruntées aux textes et auxquelles ils donnent une portée générale.

(4) Sur les défauts et les mérites des glossateurs, cf. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Hist. du droit romain*, 1821, p. 287; J. FLACH, *Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes* (*N. R. H.*, VII, 200); et surtout SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, 1911; PESCATORE, *Sav. Z.*, XXXIII, 493, 519.

(5) *Corp. jur. canonici* : Décret. Greg. IX, lib. V, 33,28.

(6) Cf. P. DE TOURTOULON, *les Œuvres de Jacques de Révigny*, d'après deux manuscrits de la Bibliothèque nationale, 1899.

(7) Né en 1270, mort en 1336.

tole et de ses disciples en Italie, en France, en Espagne, en Portugal, en Allemagne. Ces ouvrages sont aujourd'hui fastidieux à lire : on a justement reproché aux Bartolistes l'abus des citations (1), la manie des distinctions, des divisions et subdivisions, la subtilité de leur argumentation. Ils n'ont pas le sens du réel et ne tiennent aucun compte de l'expérience et de l'observation des faits. Mais ces défauts ne sauraient nous empêcher de reconnaître les services qu'ils ont rendus en préparant la formation du droit moderne (2).

§ 3. **Cujas et l'école historique.** — Avec le XVIe siècle, une ère nouvelle commence pour l'étude du droit romain (3). C'est, dit un contemporain, le siècle des jurisconsultes humanistes (4). Sous l'influence de Budé, d'Alciat (1492-1550), de Zaze et surtout de Cujas (1522-1590) (5), la philologie, les littératures grecque et latine, l'histoire deviennent les auxiliaires de la jurisprudence. Grâce à elles, l'exégèse des lois Romaines a pu être reprise avec des moyens d'information et des procédés de critique inconnus aux glossateurs. Cujas les a utilisés avec une maîtrise incontestée (6). Il ne s'en est pas tenu là : l'idée neuve qui l'a inspiré dès le premier jour, c'est que les compilations de Justinien ne contiennent pas une législation homogène. En rapprochant les fragments insérés au Digeste et empruntés au même ouvrage d'un même jurisconsulte, on peut non seulement déterminer le caractère de cet ouvrage, mais aussi reconstituer la doctrine propre à ce jurisconsulte. C'était là un vaste programme qui, de nos jours, n'est pas entièrement rempli. Cujas a montré la voie par ses notes, observations ou commentaires sur les principales œuvres de Papinien, Paul, Ulpien, Julien et Modestin (7).

La voie ouverte par Cujas n'a pas été suivie exclusivement par ses contemporains ni par les romanistes subséquents. Les uns, comme Doneau (1527-1591) qui a publié un traité dogmatique sous le titre de *Commentarii juris civilis*, ont fait la synthèse des lois romaines (8). Les autres, comme Du Moulin (1500-1566), ont continué les errements de Bartole en cherchant à adapter le droit romain aux besoins de la pratique moderne. D'autres enfin ont écarté le droit romain pour le rem-

(1) Dans les questions controversées, les Bartolistes se font un titre de gloire de *suivre* l'opinion de la majorité de leurs devanciers. Qu'elle soit juste ou non, elle forme *l'opinion commune* et ne saurait être discutée. Lorsqu'une loi très claire contredit cette opinion, ils feignent de l'ignorer.

(2) Sur les mérites et les défauts des Bartolistes, cf. Berriat-Saint-Prix, p. 300.

(3) L'école historique eut des précurseurs au XVe siècle, mais ils n'ont exercé aucune influence. Leurs tentatives ont passé inaperçues. Cf. Savigny, VI, 419.

(4) Etienne Pasquier, *Recherches de la France*, 1561, IX, 39.

(5) Les annotations sur les *Pandectes* de Budé sont de 1508; les premiers travaux d'Alciat et de Zaze, de 1518; les notes sur Ulpien, de Cujas, sont de 1554.

(6) Cujas eut, dès sa jeunesse, la passion des manuscrits. Avant même d'être professeur, il en avait acquis un certain nombre (*Opera*, III, 3, éd. Naples). A son décès, on en trouva près de 400 dans sa bibliothèque (cf. H. Omont, *N. R. H*, XII, 632). Il a donné une vive impulsion à la recherche des manuscrits du droit byzantin (constitutions grecques du *Code, Basiliques)*; il les a mis à profit pour ses travaux.

(7) Cf. l'*Histoire de Cujas*, publiée en 1821 par Berriat-Saint-Prix, comme appendice de son *Histoire du Droit romain*. Savigny l'a complétée sur certains points : *Verm. Schr.*, IV, 169, 173. La meilleure édition des œuvres de Cujas est celle de Venise-Modène, 11 volumes, 1758-1783, avec le *Promptuarium* en 2 volumes, Modène, 1795.

(8) Edition Hilliger, 12 volumes, 1840-1847.

placer par un droit fondé sur la raison humaine et adapté aux idées modernes : c'est l'école de Grotius (1583-1646) ou du droit naturel, qui a eu beaucoup de succès au XVIIIe siècle et qui, au siècle dernier, a provoqué la codification du droit en France, en Italie, en Allemagne.

La méthode inaugurée par Cujas n'en a pas moins conservé, aux XVIIe et XVIIIe siècles, des représentants autorisés : en Hollande, Vinnius (1588-1657), Voët (1647-1713), Noodt (1647-1725); en Allemagne, Heineccius (1681-1741), G. Hugo (1764-1844). En France, l'œuvre la plus remarquable qu'elle a inspirée au XVIIe siècle est le commentaire du Code Théodosien de Jacques Godefroy (1582-1652) (1).

Au XIXe siècle, le rôle de l'histoire dans la science du droit s'est posé d'abord sur le terrain législatif et a été, en Allemagne, l'objet d'une vive polémique d'abord entre Savigny (1779-1861) et Thibaut, puis entre Savigny et Gans. Savigny soutenait que le droit d'un peuple est le produit organique de son histoire : ce n'est pas une création arbitraire du législateur; c'est une adaptation de ses traditions aux besoins actuels de la société. Les adversaires de Savigny lui reprochaient de ne tenir aucun compte de la raison et de la liberté de l'homme, de sacrifier le présent au passé, de bannir du droit la philosophie qui est la source du juste et du vrai. Il se forma ainsi deux écoles rivales, l'école philosophique et l'école historique qui eut pour chef Savigny.

Appliquée à l'étude du droit romain, la thèse de Savigny devait le conduire à faire l'exégèse des textes, suivant la méthode de Cujas. Il s'en est inspiré dans de nombreuses dissertations (2) et dans son « Histoire du droit romain au moyen-âge », qui est un vaste recueil de matériaux pour l'histoire littéraire de la jurisprudence. Mais tandis que Cujas a cherché uniquement à interpréter les lois Romaines, Savigny s'est proposé de reconstituer les théories du droit romain en vue de leur application à la pratique moderne. Le titre de son grand ouvrage en est la preuve : *System des heutigen römischen Rechts*. D'autre part, sur un point important, son œuvre marque un recul par rapport à celle de Cujas : il considère la législation de Justinien comme un ensemble homogène ; il n'examine pas si les textes qu'il cite appartiennent à des jurisconsultes d'époques ou d'opinions différentes; il ne s'occupe pas de l'histoire des doctrines. En somme, dans ses travaux sur le droit romain, c'est la méthode dialectique qui domine, comme le constate R. von Ihering qui lui oppose la méthode réaliste (3). Savigny déclare lui-même, dans sa préface (p. XXXIX), que les recherches purement historiques sortent du plan de son ouvrage.

La découverte en 1816 des commentaires de Gaius a été le point de départ d'un réveil de l'étude historique du droit. Il suffira de citer pour la France les noms d'Ortolan, Pellat, Mortreuil, Ch. Giraud, Laboulaye, Machelard, P. Gide, J.-E. Labbé, Bufnoir, Glasson, Dareste. L'histoire

(1) Édition publiée par Ritter, à Mantoue, 6 volumes, 1740-1750. J. Godefroy est le fils de Denis Godefroy (1549-1622), qui a publié une édition du *Corpus juris* autrefois très appréciée. Cf. STINTZING, *Gesch. der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 1880, I, 208.

(2) Elles sont réunies dans ses *Vermischte Schriften*, I à III.

(3) *Der Besitzwille*, trad. de MEULENAERE, p. VII et VIII.

des institutions, des doctrines, de la procédure, l'histoire des sources, l'histoire de la jurisprudence ont été tour à tour étudiées et le sont encore de nos jours. Les découvertes, qui se multiplient depuis quelques années, entretiennent et ravivent le goût de ces études. Les inscriptions et les papyrus projettent une vive lumière sur le droit des peuples de l'antiquité, sur le droit de la Chaldée aussi bien que sur le droit grec et sur le droit romain.

Si la méthode de Cujas prévaut aujourd'hui dans l'étude scientifique du droit romain, elle a donné lieu à deux sortes de critiques. Elle a été plus d'une fois viciée dans son application par un retour à la dialectique scolastique. Lorsque les textes manquent ou ne sont pas explicites, on ne se résigne pas à pratiquer l'*ars nesciendi;* on a recours à des raisonnements dont les prémisses sont des hypothèses et les conclusions des conjectures. On s'efforce de constituer une opinion commune et l'on n'échappe pas au travers si justement reproché aux Bartolistes, celui de prendre l'opinion commune pour une vérité scientifiquement démontrée.

D'autre part, au siècle dernier, l'école philosophique a reproché à l'école historique de s'en tenir à des recherches de pure érudition. Elle lui a dénié la force de s'élever à des vues d'ensemble, la faculté de coordonner et de généraliser. Cette critique renferme une part de vérité, mais on peut l'écarter par une application intégrale de la méthode historique (1).

§ 4. **La méthode historique.** — L'introduction de l'histoire dans l'étude du droit romain a constitué un réel progrès. Mais dans l'œuvre de Savigny, comme dans celle de Cujas, l'histoire occupe une place secondaire : elle n'est qu'une auxiliaire de l'exégèse. Cette conception du rôle de l'histoire dans l'étude du droit pouvait se défendre à une époque où le droit romain était encore appliqué, dans une mesure plus ou moins large, soit en France, soit en Allemagne. Il ne saurait en être de même aujourd'hui. Le droit romain a cessé d'avoir force obligatoire : il n'est plus qu'un fait historique.

L'analyse et l'interprétation des textes ne sont pour nous qu'un moyen de connaître la vie des institutions juridiques, d'observer comment elles se forment, se modifient et parfois tombent en désuétude; à quel état social elles appartiennent, dans quel milieu elles se développent. L'historien du droit rapproche les textes juridiques d'époques et de régions très différentes, dégage et compare les idées dont les législateurs se sont inspirés. Il examine de près l'œuvre de la jurisprudence qui exerce sur le droit et sur les institutions une influence plus ou moins puissante suivant l'état de la science du droit. Cette méthode d'observation et d'analyse, qui constitue la méthode historique, est particulièrement féconde lorsqu'elle s'applique à une législation comme celle des Romains qui a régi les peuples les plus divers par la race, les coutumes et la religion, et dont l'histoire s'étend sur une très longue

(1) Sur la distinction de l'école historique et de la méthode historique, cf. R. SALEILLES, *Livre du Centenaire*, p. 99, 122.

période. Le droit romain offre un champ d'observation unique : on peut en suivre l'évolution, les progrès et la décadence, pendant treize siècles.

L'étude historique du droit romain ainsi comprise est un précieux instrument d'éducation juridique. Elle permet d'apprécier la valeur législative et doctrinale du droit romain, de constater ses défauts et ses lacunes, de discerner ce qu'il contient de passager ou de durable, de local ou d'universel. Elle élargit l'horizon du jurisconsulte qui, préoccupé de l'application pratique du droit moderne, s'appesantit sur les textes, sans regarder au delà; elle l'habitue à rechercher les idées maîtresses dont les règles de droit sont l'expression plus ou moins parfaite : elle lui apprend à les juger.

§ 5. **Les interpolations.** — L'application rigoureuse de la méthode historique a suscité, dans ces dernières années, des recherches approfondies sur les textes du *Corpus juris*. L'étude critique des textes est la condition d'une bonne interprétation. Elle comporte une double enquête sur leur transmission et sur leur rédaction. Il faut d'abord faire un choix parmi les manuscrits et déterminer pour chaque fragment quelle est la leçon la meilleure, rectifier les erreurs commises par les copistes qui ont mal compris une abréviation ou inséré dans le texte une glose écrite par un lecteur sur la marge du manuscrit. Cette tâche a été remplie pour le Digeste par Mommsen en 1870, pour le Code et pour les Institutes par P. Krüger en 1877 et 1901. Ces éditions répondaient aux exigences de la science à l'époque où elles ont paru; elles n'ont pas tardé à devenir insuffisantes. Les progrès réalisés dans la connaissance du droit classique ont suggéré l'idée de rétablir les textes dans leur teneur originale, de rechercher les modifications qu'ils ont subies pour les adapter au droit nouveau.

Ces modifications sont le résultat de l'évolution du droit au cours des IVe et Ve siècles. La transformation de la procédure sous Dioclétien et Constantin (p. 9, 1; 888), l'attribution aux magistrats du pouvoir de juger les procès (p. 815; 824, 9; 894; 899) et de faire exécuter leurs jugements par la force publique (p. 905), la fusion de plus en plus complète du droit prétorien et du droit civil (p. 25, 1), ont entraîné des changements dont les textes classiques portent la trace. Ces changements sont dus à la pratique judiciaire et aux constitutions impériales. C'est ainsi que Constantin a prescrit au vice-préfet du prétoire de statuer d'après l'équité et non d'après *jus justitiaque* (1). Les travaux des juristes, l'enseignement des professeurs des Écoles de droit ont dû également exercer une influence sur l'état du droit; mais ici les documents font presque entièrement défaut (2). Les scolies du Sinaï (p. 50, 3) montrent qu'entre 438 et 529, l'auteur avait annoté sommairement

(1) *C.*, III, 1, 8. La règle, applicable sans doute à l'origine aux procès relatifs à la liberté (*C. Th.*, I, 5, 3), a été généralisée (*D.*, L, 17, 90). La distinction, établie entre l'équité et le droit, est analogue à celle qui existe entre la *Common law* anglaise et l'*Equity*. Cf. H. Lévy-Ulmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, I, 431.

(2) Mortreuil (*Hist. du droit byzantin*, I, 267-270) n'a cité en 1843 que trois textes reproduits par P. Collinet en 1928 (*Byzantion*, III) : *Bas.*, 8, 2, 79; 11, 2, 35; 23, 3, 74 (Heimbach, I, 403, 704; II, 730). Ces scolies mentionnent trois ques-

certains textes des classiques et des Codes. Mais il ne paraît pas que les juristes de cette époque se soient occupés de l'élaboration scientifique du droit (49, 5). Si l'on en croit Justinien, c'est par exemple de son temps seulement *(hodie)* qu'on a saisi le rapport existant entre la *bonorum possessio* et l'hérédité (Inst., III, 9 pr.).

Quelle que soit la source où ils ont puisé, les commissaires de Justinien ont fait des additions et des suppressions dans les textes classiques; ils les ont simplifiés en élaguant des controverses désormais sans objet. A quoi reconnaître ces interpolations? On a proposé divers critères d'une valeur inégale. Voici les principaux : 1° Certaines décisions d'un jurisconsulte ont été conservées dans deux textes insérés soit au Digeste dans des titres différents (lois géminées) (1), soit au Digeste et dans un recueil indépendant (textes parallèles) (2). S'il y a entre eux une différence, c'est que l'un d'eux a été remanié. Le rapprochement fait apparaître l'interpolation. — 2° Substitution d'un terme juridique à un autre qui n'est plus en usage (3). — 3° Anachronismes. Certains textes attribuent à un jurisconsulte ou à un empereur une règle qui appartient au droit postérieur (4). — 4° Antinomies. Les contradictions entre deux fragments d'un jurisconsulte, ou entre deux phrases du même fragment, sont un indice d'interpolation (5). — 5° Un autre critère très en faveur, mais d'une application fort délicate, consiste à relever les particularités de la grammaire (6), de la langue (7) et du style des compilateurs (8). Ce critère n'est d'ailleurs pas toujours suffisant pour déceler l'interpolation; il y a chez les meilleurs auteurs latins des particularités analogues (9). D'autre part les compilateurs ont souvent abrégé les textes qu'ils avaient sous les yeux : une règle byzantine en la forme peut être classique dans le fond.

tions sur lesquelles s'était prononcé un professeur de l'École de Béryte, Patricius, un peu antérieur à Justinien. Sur les deux premières, relatives aux droits d'éligibilité et de transaction conservés par une personne accusée d'un crime, l'avis plus indulgent de Patricius a été accueilli par les compilateurs du Code. Mais sur la troisième, son opinion a été rejetée et qualifiée d'absurde. Il avait soutenu que la prescription trentenaire d'une créance n'empêchait pas de réclamer les intérêts des 29 années précédentes : solution qui donne une idée peu favorable du sens juridique de Patricius.

(1) P, 256, 2; 313, 3; 316, 1 et 4; 403, 6-7; 473, 3; 554, 1.

(2) Ulp., *D.*, XXVI, 10, 8; Inst., I, 26, 13. *C. Th.*, III, 30, 6; *C. J.*, V, 37, 24.

(3) P. 189, 6; 344, 5-6; 420, 2; 442, 3; 462, 7; 514, 2; 750, 1. L'action *rei uxoriæ* est appelée *de dote* (*D.*, IV, 5, 8); l'a. *præscriptis verbis*, a. *civilis incerti* (p. 502, 9; 505, 4; 589, 6). Le Préteur est appelé *competens judex* (*D.*, IV, 2, 23, 2; II, 5, 2, 1).

(4) P. 232, 2-3, 7, 10; 256, 2; 321, 4; 473, 3; 554, 1; 793, 4; 809, 3; 898, 5-8.

(5) Cels., *D.*, I, 7, 5, déclare que le consentement de l'adopté n'est requis que s'il est *suæ potestatis* (p. 198). La fin du texte dit le contraire : dans l'adoption proprement dite, il faut les consentements de l'adopté et de son père naturel. Autre exemple p. 189, 7.

(6) Solécismes : *abuti dotem* (*D.*, XXIV, 3, 22, 8). *Eam... pignus* (*D.*, XIII, 7, 8, 3, 34), où *pignus* a été substitué à *fiducia*. Dans Cels., *D.*, XXI, 2, 62 : *quippe si verum erat quod mihi dixisses* a paru suspect, mais v. Cic., *p. Lig.*, 25; *de div.*, II, 20.

(7) Il y a beaucoup d'hellénismes chez les compilateurs, ce qui va de soi : *ad effectum perduci* (*D.*, XXIII, 1, 7); *per omnia* (*D.*, XXIX, 7, 2, 3).

(8) Abus des superlatifs; constructions grammaticales irrégulières.

(9) Beseler *(Beiträge)* est un de ceux qui ont été le plus loin dans l'application de ce critère. La critique en a été faite au point de vue philologique par Kalinka *Sav. Z.*, 1927, XLVII, 319. — Voir un autre critère, p. 913.

LIVRE PREMIER

LES PERSONNES ET LA CAPACITÉ JURIDIQUE

Dans son acception la plus large, le mot *persona* désigne un homme capable d'être le sujet actif ou passif d'un droit (1). En principe, cette qualité appartient à l'homme en général (2) : on n'a pas égard aux différences qui existent entre les individus. Mais cette notion qui, même en droit moderne, comporte des restrictions, s'est introduite lentement dans la législation romaine. La condition juridique de l'homme a pendant longtemps conservé une importance qui a été peu à peu amoindrie.

Aux premiers siècles, la capacité juridique a été réservée aux chefs de famille patriciens. Elle a été étendue aux plébéiens par la loi des Douze Tables. Le droit classique et le droit du Bas-Empire l'ont attribuée dans une mesure de plus en plus large aux membres de la famille, aux femmes, aux affranchis, aux esclaves, aux étrangers. On l'a même appliquée à des êtres qui n'ont qu'une existence intellectuelle, comme une cité, une corporation. Ces êtres, capables de devenir les sujets d'un droit, sont une création de la jurisprudence ; on les appelle *personnes juridiques* pour les distinguer des personnes *naturelles*. On s'occupera d'abord des personnes naturelles.

La personne commence à la naissance et finit à la mort; elle finit aussi par l'effet d'une sorte de mort civile qui résulte de la *capitis deminutio*. Mais le seul fait de la naissance ne suffit pas pour que l'enfant soit une personne : il faut que l'enfant naisse vivant et viable, c'est-à-dire qu'il donne signe de vie (3) et que sa conception remonte à plus de six mois (4) ; qu'il ait forme humaine (5), sans quoi l'on présume

(1) PED., ap. ULP., *D.*, II, 7, 3 pr. Le mot *persona* a d'autres significations. Il désigne la condition juridique d'un homme (GAIUS, I, 9; 48), le rôle que joue dans un procès le juge, le demandeur ou le défendeur (GAIUS, IV, 105; ULP., *D.*, III, 3, 5; JUL., *D.*, XLV, 3, 1, 4; CONSTANTIN, *C.*, V, 34, 11), un individu déterminé avec qui l'on a conclu un pacte ou que l'on poursuit en justice (ULP., *D.*, II, 14, 7, 8; *Inst.*, IV, 6, 1).

(2) HERM., *D.*, I, 5, 2 : *Hominum causa omne jus constitutum (est)*.

(3) C'est la doctrine sabinienne. Les Proculiens exigeaient que l'enfant eût crié. *C.*, VI, 29, 3. Cf. C. civ. 725, 2°; 906.

(4) PAUL., *D.*, I, 5, 12.

(5) L'enfant mal conformé est une personne (PAUL., IV, 9, 3-4. Cf. LAB., CASS., JAV. ap. ULP., *D.*, XXVIII, 2, 6 pr.; 6, 2). Les Douze Tables autorisaient le père à faire disparaître *(ablegare)* l'enfant monstrueux. (CIC., *De leg.*, III, 8.)

qu'il n'est pas doué des facultés intellectuelles propres à l'homme.

La règle qui précède a été écartée : 1° pour une raison d'équité, en faveur de l'enfant déjà conçu ; on le considère comme étant déjà né (1); 2° dans l'intérêt des créanciers d'un *capite deminutus* ; 3° dans le cas d'une hérédité jacente : le défunt est réputé survivre jusqu'à l'adition de l'hérédité.

CHAPITRE PREMIER

La capacité juridique.

La capacité des personnes dépend, à Rome, de leur condition juridique. Cette condition, qui constitue l'état de la personne, comprend, à l'époque classique et au Bas-Empire, trois éléments : la liberté, la cité, la famille (2).

I. La condition juridique des personnes.

A. — *La liberté.*

Il ne s'agit ici ni de la liberté civile, ni de la liberté physique. L'homme libre est celui qui n'est pas la propriété d'autrui : en cela il se distingue de l'esclave.

§ 1er. **L'homme libre.** — L'état d'homme libre s'acquiert, soit lors de la naissance, soit à une époque ultérieure. *a)* Lorsque les père et mère sont libres, l'enfant, né de leur légitime mariage, est libre dès l'instant de sa naissance. Si l'un d'eux est libre et l'autre esclave, l'enfant suit la condition de la mère (3). Par faveur pour la liberté, on a admis, au IIIe siècle, que si la mère a été libre à un moment quelconque de la grossesse, l'enfant naît libre (4). *b)* Postérieurement à la naissance, la liberté est acquise à l'esclave soit par voie d'affranchissement, soit par faveur dans divers cas prévus par la loi (5), soit par la prescription, lorsqu'un esclave a eu de bonne foi la possession d'état d'homme libre pendant dix ou vingt ans (6).

La liberté est inaliénable (7). Elle se perd à titre de peine dans des cas déterminés par la loi (8).

(1) Cels., *D.*, XXXVIII, 16, 7. Julien, *D.*, I, 5, 26, applique cette règle à des cas où la question de personnalité n'est plus en jeu : vol d'une esclave enceinte, maintien des droits de patronat. Ulp., *D.*, I, 9, 7, 1. En matière de succession, la règle ne peut être invoquée que dans l'intérêt de l'enfant (Paul., *D.*, I, 6, 7 ; L, 16, 231.) Elle n'est pas admise pour les excuses de tutelle : *D.*, XXVII, 1, 26.

(2) Gaius, I, 162 : *Status hominis*. Paul., *D.*, IV, 5, 11.

(3) Gaius, I, 82.

(4) Paul., II, 24, 2 ; Marc., *D.*, I, 5, 5, 2.

(5) Sc. Claudien (?) en faveur de l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître. Diocl., *C.*, VII, 13, 1 ; Ulp., *D.*, XXIX, 5, 3, 15 ; et la rubrique du titre.

(6) Aristo, ap. Paul., *D.*, XL, 9, 16, 3 ; Diocl., *C.*, VII, 22, 2.

(7) Callist., *D.*, XL, 12, 37 ; Diocl., *C.*, VII, 16, 10.

(8) Ancien droit : lorsqu'un citoyen ne s'est pas fait inscrire sur les registres du cens, a refusé le service militaire, a été attribué par le magistrat à son créancier ou à la personne au préjudice de laquelle il a commis un vol manifeste ; lorsqu'il a

Un édit du Préteur a créé une action au double contre l'homme libre qui, par dol, s'est laissé vendre comme esclave à un acheteur de bonne foi (1). La vente étant nulle, l'acheteur est frustré : il a le droit d'exiger le double du prix qu'il a payé ou s'est obligé à payer. Si le vendeur a été complice de la fraude, l'acheteur a également contre lui une action au double. Ces actions sont pénales et annales (2). — En certains cas, la peine est plus sévère. Le magistrat refuse à l'homme libre le droit de revendiquer la liberté : 1° si cet homme est majeur de 20 ans et que le prix ait été payé au vendeur (3). Il est à craindre que l'argent ait été dissipé ou que le vendeur soit insolvable; 2° en vertu d'une décision d'Hadrien, si le prix a été remis à l'homme libre majeur de 20 ans, à moins qu'il ne soit restitué (4). — La règle de l'Édit a été confirmée et appliquée par le Sénat aux femmes libres majeures de 20 ans et aux enfants nés pendant qu'elles étaient en servitude (5). La jurisprudence l'a étendue au cas où l'homme libre a été l'objet d'une constitution d'usufruit à titre onéreux, d'une donation, d'une constitution de dot, d'une remise de gage (6).

§ 2. **L'esclave.** — L'esclavage résulte de la guerre, de la naissance d'une mère esclave (7), ou des faits qui entraînent la perte de la liberté.

L'esclave fut d'abord considéré comme un objet de propriété *(res mancipi)*; mais cette conception trouvait un correctif dans la religion et dans les mœurs : les prêtres offraient des sacrifices à ses mânes; le censeur infligeait un blâme au maître qui abusait de son pouvoir.

Le droit classique range l'esclave parmi les personnes : la loi a protégé l'esclave contre l'abus de pouvoir de son maître et lui a facilité les moyens d'acquérir la liberté; la jurisprudence a dégagé sa personnalité juridique : elle en a fait, dans une certaine mesure, un sujet de droit. La puissance dominicale est désormais distincte de la puissance paternelle.

L'innovation est d'autant plus importante que le nombre des esclaves s'est considérablement accru : c'est par centaines qu'on les compte dans les maisons riches. Le luxe raffiné de la ville, l'étendue des exploitations agricoles, le développement des diverses branches de l'économie rurale, ont créé des besoins multiples qui ne peuvent être satisfaits

été livré à un peuple étranger en cas de violation d'un traité; lorsqu'un fils a été vendu par son père comme esclave, à l'étranger. Ces divers cas sont tombés en désuétude : la vente du fils a disparu avec les tribunaux domestiques; celle du citoyen qui refuse le service militaire lorsqu'on a changé le mode de recrutement de l'armée (Arr. Men., *D.*, XLIX, 16, 4, 10), celle de l'*incensus* peu après la conquête de la Macédoine en 587, celle du voleur manifeste après la loi Petelia. — En droit classique, la perte de la liberté est encourue en vertu du Sc. Claudien de l'an 52 (Tac., *Ann.*, XII, 53; Paul., II, 21ᵃ, 17), et dans les cas de révocation d'un affranchissement (Gaius, I, 27; Commod., ap. Mod., *D.*, XXV, 3, 6, 1).

(1) Ulp., *D.*, XL, 12, 14 pr.; 18 pr.

(2) Paul., *eod.*, 6, 4; Ulp., 22, 6.

(3) Ulp., *eod.*, 14, 1; *D.*, XL, 13, 1.

(4) Venul., *D.*, XL, 14, 2, pr.

(5) Pomp., *D.*, XL, 13, 3.

(6) Paul., *D.*, XL, 12, 23, 1. Pour l'usufruit, l'extension était déjà admise sous la République : Q. Muc., ap. Paul., *eod.*, 23 pr.

(7) Deux exceptions admises par le Sc. Claudien (p. 25, 10 *i f.*) et par une *lex* citée par Gaius (I, 83) ont été abrogées, l'une par Hadrien, l'autre par Vespasien.

sans l'aide d'un nombreux personnel *(familia urbana, familia rustica)* (1). La plupart des esclaves n'ont plus, comme autrefois, de rapport direct avec le maître : ils ne comptent, à ses yeux, que pour leur valeur marchande (2). D'ailleurs, ces esclaves, venus de Gaule, d'Asie (3) ou d'Afrique (4), diffèrent de leurs maîtres par la race, la religion et les mœurs. Souvent même, ce sont des barbares : les Romains les regardent comme des êtres d'une race inférieure. Alors se produisent les abus dont l'histoire a gardé le souvenir (5).

1. Protection légale des esclaves. — La loi a limité les pouvoirs du maître. Au début de l'Empire, une loi Petronia (6), complétée sous Hadrien par un Sc., défendit aux maîtres de livrer les esclaves pour combattre contre les bêtes, sinon à titre de peine et avec l'autorisation du magistrat. Un édit de Claude applique la peine de l'homicide au maître qui tue son esclave infirme ou malade. Sous le règne d'Hadrien, un sénatus-consulte retire aux maîtres le droit de punir les crimes graves commis par leurs esclaves : l'instruction doit être confiée au préfet de la ville ou, si elle est faite par le maître, il doit livrer l'esclave au préfet des vigiles pour l'exécution de la peine (7). Antonin le Pieux punit le maître qui tue son esclave, comme s'il avait tué un citoyen (8). D'autres dispositions ont pour but de restreindre le droit de propriété du maître sur son esclave (9).

Pour rendre efficace la protection accordée à l'esclave, un magistrat fut chargé, tout au moins depuis Néron, de recevoir les plaintes des esclaves contre leurs maîtres (10) : le préfet de la ville à Rome (11),

(1) Cic., *in Pis.*, 27, 67; Pomp., *D.*, L, 16, 166 pr.; Paul, *D.*, XXXII, 99 pr.

(2) Sénèque a essayé de réagir contre cette tendance. Voir sa belle lettre à Lucilius : *Servi sunt? Immo homines... Servus est? sed fortasse liber animo.* Dans Plaute (*Asin.*, II, 4, 84) un esclave dit à un homme libre : *Tam ego homo sum quam tu.*

(3) J. César réduisit en esclavage un million de soldats Gaulois. App., *de b. Gall.* 2; Plut., *Cæs.*, 15. Des milliers d'esclaves se vendaient sur le marché de Délos (Strab., XIV, 4, 2). Autres marchés à Tanaïs (*id.*, XI, p. 493), Byzance (Polyb., IV. 38, 4), Sidé en Pamphylie (Strab., XIV, 3, 2). Cf. Mart., VII, 30.

(4) Expos. tot. mundi, 60; *C. I. L.*, VI, 7582; Sen., *Ep.*, 123, 6; Mart., X, 13, 2.

(5) Cic., *p. Cluent.*, 66; Suet., *Calig.*, 32; Sen., *de ira*, III, 3, 40.

(6) Mod., *D.*, XLVIII, 8, 11, 2. Cette loi est vraisemblablement la même loi que la loi Junia Petronia de 772. Cf. Ed. Cuq, vº lex (*Dict. Antiq.*, III, 1151.)

(7) Spart., *Hadr.*, 18; Mod., *l. c.* Cf. Pomp., *D.*, XII, 4, 15.

(8) Gaius, I, 53. La même peine est encourue par celui qui tue l'esclave d'autrui.

(9) Un édit de Claude accorde la liberté à tout esclave infirme ou malade abandonné par son maître dans l'île d'Esculape, au milieu du Tibre, aux soins de la divinité. (Suet., *Claud.*, 25; Mod., *D.*, XL, 8, 2: *C.*, VII, 6, 1, 3. Cf. Dio, XXXIX, 24; IX, 29; Suid., vº Κλαύδιος.) Un Sc. de l'an 87 et un rescrit d'Hadrien défendent au maître, sous une peine sévère, de faire subir des mutilations à ses esclaves (Suet., *Domit.*, 7; Venul., *D.*, XLVIII, 8, 6; Marc., *eod.*, 3, 4; Paul, *eod.*, 5. Cf. Hadr., ap. Ulp., *D.*, I, 6, 2, 1.) Un Sc. d'Hadrien interdit de vendre un esclave à un entremetteur ou à un entrepreneur de jeux de gladiateurs (Spart., *Hadr.*, 18). Antonin le Pieux prescrit aux gouverneurs de province de forcer les maîtres trop cruels à vendre leurs esclaves (Ulp., *Collat.*, III, 3, 1-3. Une règle analogue existe dans le droit grec : Meier, Schömann, *Att. Proz.*², 625.)

(10) On a étendu à l'esclave grevé d'un usufruit ou aliéné fiduciairement la protection contre les mauvais traitements. Ulp., *D.*, VII, 1, 23, 1; XIII, 7, 24, 3.

(11) Sen., *de ben.*, III, 22, 3; Ulp., *D.*, I, 12, 1, 1; *Collat.*, III, 3, 3. Ce magistrat, institué par Auguste, eut pour mission première de *coercere servitia*. Tac., *Ann.*, VI, 11. Cf. Vigneaux, *Essai sur l'histoire de la* præfectura urbis *à Rome*, 1896,

le gouverneur dans les provinces. C'est une atteinte grave portée à l'indépendance du chef de famille, c'est aussi un changement profond dans la situation de l'esclave : la tendance est de le traiter comme un homme libre. Il ne doit pas à son maître une obéissance passive (1). S'il est accusé d'un crime, on lui donne les garanties de procédure dont jouit tout citoyen (2). C'est ainsi que la loi devint le correctif des mœurs.

Les empereurs justifient leurs empiétements sur les pouvoirs des chefs de famille par l'intérêt de l'État qui exige que le propriétaire n'abuse pas de sa chose. Ils s'inspirent aussi sans aucun doute des sentiments d'humanité qui apparaissent dans les écrits des philosophes stoïciens (3) et qui se sont développés sous l'influence latente du christianisme.

2. Personnalité juridique des esclaves. — La coutume a de bonne heure permis à l'esclave de figurer dans un acte juridique d'acquisition en empruntant la capacité de son maître (4). L'acte profite au maître même s'il a lieu à son insu ou contre son gré (5). Mais s'il n'est pas purement acquisitif, s'il entraîne des charges comme l'adition d'hérédité, il ne peut être accompli sans l'ordre du maître. La jurisprudence a été plus loin : elle a reconnu aux esclaves une personnalité juridique.

1° L'esclave qui contracte avec son maître est tenu d'une obligation naturelle; 2° il en est de même s'il a contracté avec un tiers et qu'il vienne à être affranchi (6); 3° il peut devenir membre d'une corporation avec l'autorisation de son maître (7). Cette autorisation lui confère la capacité de faire certains actes : payer les cotisations, fournir toute autre prestation prévue par les statuts, disposer par testament de son *funeraticium* (8) ; 4° contrairement à la règle *cognatio servilis nulla est*, la jurisprudence attribue, après l'affranchissement, des effets juridiques à la parenté formée en état d'esclavage (p. 133); 5° la validité du legs fait à un esclave s'apprécie *ex persona servi*, sauf quant à la *testamenti factio* qu'il emprunte à son maître (9) : on ne peut léguer à l'esclave d'autrui que ce qu'il pourrait acquérir s'il était libre ; 6° l'esclave peut agir en justice contre son maître pour obtenir son affran-

p. 178), S. Sévère le chargea spécialement de protéger la pudeur des esclaves (Ulp., *D.*, I, 12, 1, 8. Vespas., *D.*, XXXVII, 14, 7.)

(1) Cels., ap. Ulp., *D.*, IX, 4, 2, 1.

(2) Sc. de l'an 20 : Venul., *D.*, XLVIII, 2, 12, 3.

(3) Gaius, I, 53. Sen., *Ep.*, 47; *De ben.*, III, 20; *De clem.*, I, 8; Macr., *Sat.*, I, 11; 95, 33 : *Homo res sacra homini*; Epict., fr. 43. Cf. Wallon, *Histoire de l'esclavage*, 2e éd., III, 31; Trincheri (*Archiv. giur.*, XL, 3; De Crescenzio (*Att. dell' Accad. di sc. mor. di Napoli*), XXIV, 505.

(4) Jul., *D.*, XXXIX, 2, 42. *Inst.*, III, 19, 13.

(5) Jul., *D.*, XXIII, 3, 46 pr. ; XLV, 1, 62. Gai., XLI, 1, 32.

(6) Jul., ap. Afr., *D.*, XLVI, 1, 21, 2; Paul, *D.*, XII, 6, 13 pr. ; Tryph., *eod.*, 64; Ulp., *D.*, XLIV, 7, 14. Pap., *D.*, XV, 1, 50, 2. Pomp., *eod.*, 49, 2.

(7) Cic., *in Pis.*, 4, 9; *CIL.*, II, 2229; X, 6637 f.; VI, 1336; Marc., *D.*, XLVII, 22, 3, 2.

(8) *CIL.*, XIV, 2112, *col.* II, 1. Cf. sur les *Collèges funéraires*, Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, II, 1403, 1 et 28.

(9) Valens, Jul., ap. Paul, *D.*, XXXI, 82, 2; Pap., *D.*, XXXIII, 3, 5.

chissement en cas de fidéicommis (1) ou de *redemptio suis nummis* (2). Il peut même agir au criminel et accuser son maître d'avoir supprimé un testament qui lui donne la liberté, d'avoir fabriqué de la fausse monnaie ou fraudé l'annone (3); 7° la personnalité juridique de l'esclave apparaît surtout lorsqu'il a un pécule. Dans ce cas, sa condition est identique à celle du fils de famille (p. 143).

Ces règles s'appliquent au *servus privatus* soumis à la puissance dominicale. Mais il y a deux autres classes d'esclaves : l'esclave sans maître et l'esclave public.

Un esclave sans maître est un esclave abandonné *(derelictus)* ou un condamné à mort, aux travaux forcés ou aux bêtes *(servus pœnæ)* (4). Cet esclave ne peut ni contracter ni être institué héritier (5), car il n'a personne à qui il puisse emprunter la capacité nécessaire. Mais, par une raison d'humanité, on lui a reconnu la capacité de recevoir un legs d'aliments (6).

L'esclave public appartient à l'État ou à une cité : il est ordinairement affecté au service des magistrats ou employé dans l'administration. Au point de vue juridique, il est dans une situation plus favorisée que l'esclave privé : il peut disposer, par testament, de la moitié de son pécule (7). Mais il a moins de chance d'être affranchi (8).

3. Procès relatifs a la liberté. — Ces procès se présentent sous deux formes : tantôt un esclave réclame la qualité d'homme libre (*vindicatio in libertatem*) (9), tantôt un citoyen prétend qu'un homme libre est son esclave (*vindicatio in servitutem*) (10). Dans le premier cas, l'esclave ne peut agir en justice que par l'intermédiaire d'un *adsertor;* dans le second, il peut défendre en personne au procès parce qu'il est en possession de la liberté. Aucune action n'est recevable lorsque la possession d'état s'est maintenue pendant cinq années ou lorsque cinq ans se sont écoulés depuis la mort du *de cujus* (11).

Sous la République et sous l'Empire, du moins en Italie, la procédure suivie est celle des actions de la loi; on a recours à l'action

(1) Pomp., *D.*, XL, 5, 44.

(2) C'est une convention par laquelle l'esclave s'engage à remettre à une personne de confiance (même à un pupille ou à un esclave : Ulp., *D.*, XL, 1, 4, 8) l'argent nécessaire pour l'acheter à son maître et lui donner ensuite la liberté. Cette convention n'a par elle-même aucune valeur juridique : l'acheteur n'est qu'un *imaginarius emptor*. Mais Marc-Aurèle et Verus autorisent l'esclave à citer son maître fictif devant le préfet de la ville ou le gouverneur de la province pour obtenir l'exécution de la promesse. Marc., *D.*, XL, 1, 5. Cf. Gord., *C.*, IV, 57, 4.

(3) Herm., *D.*, V, 1, 53; Marc., *l. c.*, 7; 12, 1.

(4) Rescr. Pii, ap. Ulp., *D.*, XXIX, 2, 25, 3. C'était aussi un esclave héréditaire avant l'introduction de la théorie de l'hérédité jacente. Ce peut être également un esclave grevé d'usufruit, mais affranchi par le nu propriétaire. Ulp., I, 19.

(5) Jav., *D.*, XLV, 3, 36; Marc., *D.*, XLVIII, 19, 17 pr.; Gaius, *D.*, XXVIII, 1, 8, 4. Par exception Hadrien conserve aux soldats condamnés pour un délit militaire la faculté de tester. (Ulp., *D.*, XXVIII, 3, 6, 6.)

(6) Paul, *D.*, XXXIV, 1, 22.

(7) Ulp., XX, 16; *C. I. L.*, VI, 2254.

(8) Il y a des exemples sous la République; mais sous l'Empire, on n'en connaît qu'un : *C. I. L.*, VI, 2340.

(9) Ulp., *D.*, XL, 12, 3 pr.; Lab., *eod.*, 42; Mela, ap. Paul, 24, 4, Serv., 24, 1,

(10) Ulp., *eod.*, 8, 1; Diocl., *C.*, VII, 16, 17.

(11) Scæv., *D.*, XL, 4, 29; Suet., *Tit.*, 8 *in fine*; Sc. ap. *C.*, VII, 21, 4; Claud., Nerva ap. Callist., *D.*, XL, 15, 4; Hadr., ap. Marc., *eod.*, 1, 2.

réelle par serment (1). Le jugement de ces procès a été confié aux décemvirs *stlitibus judicandis* (2), puis au tribunal des centumvirs (3), et dans les provinces aux récupérateurs (4). Par dérogation au droit commun et par faveur pour la liberté, la *vindicatio in libertatem* peut être plusieurs fois renouvelée (5).

Au IIIe siècle, les procès relatifs à la liberté donnent lieu à une action préjudicielle (6), ou à une procédure *extra ordinem* devant le préteur *de liberalibus causis* (7). Au Bas-Empire, le magistrat doit statuer en personne et ne peut renvoyer l'affaire à un *judex pedaneus* (8). Constantin exige que, dans la *vindicatio in servitutem*, l'esclave ait un *adsertor*. Pour la *vindicatio in libertatem*, au contraire, Théodose l'en dispense lorsque, pendant vingt ans, il a été libre de fait, ou qu'il a exercé, au su de son maître, une fonction publique. Justinien a, dans les deux cas, supprimé l'*adsertor* (9).

§ 3. **Les personnes libres assimilées aux esclaves.** — 1. PERSONNES *IN MANCIPIO*. — Le *mancipium* est une puissance analogue à la puissance dominicale, mais qui s'applique aux fils ou filles de famille, aux femmes mariées *(cum manu)* (10). Le *mancipium* s'acquiert lorsqu'une de ces personnes a été mancipée par le chef de famille, moyennant un prix déterminé, pour faire argent de ses services; à titre d'abandon noxal, lorsqu'elle a commis un délit dont il ne veut pas supporter les conséquences pécuniaires; pour la donner en garantie à un créancier; pour réaliser une adoption, une émancipation, une *coemptio*, une reman-

(1) MART., I, 53; PAUL, *Vat. fr.*, 324; *Sent.*, V, 1, 5. L'effet réel de l'action est attesté par JUL., *D.*, XL, 12, 30. — La procédure présente ici deux particularités quant à l'attribution des *vindiciæ* et au montant du *sacramentum* limité à 50 as. GAIUS, IV, 14.

(2) On n'en trouve plus trace après CIC., *p. domo*, 29, 78; *p. Cæc.*, 33, 97.

(3) Quintilien : V, 2, 1 : XI, 1, 78. Ce transfert d'attributions est dû peut-être à la loi Julia *jud. priv.* Cf. VOIGT, II, 446; GIRARD, *Sav. Z.*, XXXIV, 367.

(4) SUET., *Domit.*, 8; PLIN., *Ep.*, X, 72. *P. Berlin*, 611. Vraisemblablement aussi à Rome et en Italie, lorsqu'un esclave libéré de fait ou un déditice réclamait sa liberté. D'après la loi Junia Petronia de l'an 19, si, dans un procès *de libertate*, il y a partage entre les juges, on doit se prononcer en faveur de la liberté (HERM., *D.*, XL, 1, 24 pr.), Or cette règle ne fut pas édictée pour le tribunal des centumvirs, car c'est Antonin le Pieux qui lui donna une portée générale (PAUL, *D.*, XLII, 1, 38 pr.). Il y a donc lieu de croire qu'elle s'appliqua aux juges chargés par la loi Junia Petronia de connaître de certains procès *de libertate*. Cette disposition se conçoit d'autant mieux que la loi Junia Petronia est venue compléter la loi Junia Norbana rendue peu de temps auparavant. On pourrait objecter que les récupérateurs étant toujours en nombre impair, il ne saurait y avoir partage : mais l'un d'eux peut jurer *sibi non liquere* (PAUL, *eod.*, 36). — La procédure, suivie devant les récupérateurs, est-elle celle des actions de la loi? Justinien affirme l'existence d'une action préjudicielle civile par laquelle le Préteur invitait le juge à rechercher *an liber sit*. C'est peut-être l'action introduite par la loi Junia Petronia en faveur des Latins Juniens et des déditices, action qui a été généralisée. En tout cas, cette généralisation est postérieure à Gaius, qui ne parle pas de ce *præjudicium* (IV, 44).

(5) CIC., *p. domo*, 29, 78 : *Quotiescumque vellet quis*. QUINT., XI, 1, 78.

(6) DIOCL., *C.*, VII, 16, 17. *Inst.*, IV, 6, 13. D'après LENEL, II, 110, ces textes ne sont probants que pour l'époque de Justinien.

(7) *CIL.*, X, 3598. ALEX., *C.*, IV, 56, 1. Cf. ULP., *D.*, IX, 4, 42 pr. : XL, 12, 27, 1. DIOCL., *C.*, III, 3, 2. Le procurateur du fisc était compétent lorsque la revendication était formée par un esclave compris dans un patrimoine attribué au fisc. CALLISTR., *D.*, XLIX, 14, 3, 9.

(8) *C. Th.*, VI, 4, 16.

(9) *C. Th.*, IV, 8, 5 et 9; *C.*, VII, 17, 1 pr.

(10) GAIUS, I, 116-118.

cipation. De ces quatre applications, la première est tombée de bonne heure en désuétude; la troisième n'a lieu que pour la forme (1); la quatrième a été supprimée au IIIe siècle; la seconde l'a été par Justinien (2).

Les personnes *in mancipio* ou *in causa mancipii* sont assimilées à des esclaves (3). Elles doivent rendre à leur maître des services analogues. Elles sont pour lui un instrument d'acquisition (4); elles peuvent être aliénées par mancipation, affranchies par la vindicte, le cens ou le testament. En cas d'affranchissement, leur patron a seul droit, s'il y a lieu, à la tutelle (5) et après leur mort, à leur succession. Mais l'assimilation n'est pas complète, car un citoyen romain ne peut être vendu comme esclave à Rome : l'enfant mancipé reste citoyen. Il est inscrit sur les registres du cens comme fils de Lucius, esclave de Publius. Il n'est *servi loco* qu'à titre temporaire : il a le droit, à la fin du lustre, d'exiger son affranchissement par le cens. Dans le cas, cependant, où il a été l'objet d'un abandon noxal, il doit rester en service jusqu'à ce qu'il ait, par son travail, indemnisé la victime du délit (6).

La condition du mancipé et de ses enfants a été améliorée sous l'Empire. L'individu *in mancipio* est protégé contre l'abus de pouvoir de son maître, soit par l'action d'injures qu'il est admis à intenter contre lui, soit par un rescrit d'Hadrien qui défend de l'enfermer dans ces souterrains *(ergastula)* où l'on détenait les esclaves dont on se défiait (7).

Les enfants ne sont jamais sous le *mancipium* de l'acquéreur de leur père. Ceux qui sont conçus après la première mancipation naissent sous la puissance de leur grand-père : on leur applique la règle *infans conceptus pro jam nato habetur* pour les soustraire au droit de l'acquéreur. Quant aux enfants conçus après la troisième mancipation, leur condition reste en suspens : ils passent sous la puissance de leur père lorsqu'il est affranchi; s'il meurt auparavant, ils sont *sui juris*. Grâce à cette jurisprudence, les enfants ne naissent jamais *in mancipio* (8). Le Préteur ne s'est pas montré moins favorable à ces enfants : le *manumissor* ne succède plus au mancipé de préférence à eux; il est exclu non seulement par les enfants, mais aussi par dix personnes unies au mancipé par les liens du sang (9).

2. Les *addicti*. — L'*addictio* est le décret par lequel le magistrat

(1) Gaius, I, 141 : *dicis gratia*. De son temps, la mancipation volontaire n'avait plus guère d'autre application.

(2) Carac., *C.*, VII, 16, 1; Diocl., *C.*, IV, 43, 1. *Inst.*, IV, 8, 7.

(3) Gaius, I, 138 : *servorum loco habentur*; I, 123; II, 160; III, 104. Au temps de Gaius il n'y a pas de terme technique pour les désigner.

(4) Gaius, II, 86; III, 163.

(5) Gaius, I, 115, 166, 195; Ulp., XI, 5; *Collat.*, XVI, 9, 2.

(6) Gaius, I, 162; 140; Pap., *Collat.*, II, 3, 1.

(7) Gaius, I, 141; Spart., *Hadr.*, 18; cf. Col., I, 6, 3; 3, 12. Il est vraisemblable qu'on l'autorise à invoquer l'édit qui prescrit au créancier de pourvoir à la nourriture et à l'entretien du *judicatus*. (*D.*, L, 16, 43 à 45). Cf. Lenel, II, 143.

(8) Dans l'ancien droit, la question était controversée : Labéon soutenait que l'enfant était, comme son père, *in mancipio*. Gaius, I, 135.

(9) *Inst.*, III, 9, 3.

autorise le créancier d'une somme d'argent à emmener chez lui son débiteur à défaut de payement, et à le faire travailler à son profit, comme un esclave. L'*addictio* a lieu dans deux cas, vis-à-vis d'un *judicatus* ou d'un *nexus*, en vertu d'un jugement ou d'un prêt conclu dans la forme du *nexum*. D'après la loi des Douze Tables, le créancier peut retenir son débiteur en prison pendant 60 jours; il a le droit de l'enchaîner, de lui mettre des entraves d'un poids limité par la loi. Mais il est forcé de le nourrir, si le débiteur n'a pas de ressources.

Pour faciliter la libération de l'*addictus*, la loi prescrit au créancier de le conduire devant le magistrat à trois jours de marché consécutifs et de déclarer publiquement le montant de la dette dans l'espoir que les amis de l'*addictus* paieront pour lui. Si personne n'intervient, le créancier a le droit de le tuer ou de le vendre comme esclave à l'étranger (1). Ce droit lui a été enlevé par la loi Pœtelia (2). Désormais, le débiteur qui ne paie pas n'est plus exposé à perdre la liberté. Si ses biens sont insuffisants pour payer sa dette, il doit ses services au créancier jusqu'à ce qu'il l'ait désintéressé (3). Sa situation est analogue à celle d'un fils de famille *in mancipio;* il peut invoquer la protection du magistrat si le créancier abuse de son droit (4). Il reste citoyen, et quand il recouvre la liberté de fait, il est libéré du *mancipium* (5).

L'*addictio,* prononcée en vertu d'un *nexum,* a disparu de bonne heure avec l'usage du *nexum*. Celle qui est prononcée en vertu d'un jugement a subsisté plus longtemps; elle a été supprimée par Dioclétien (6). A la fin du IVe siècle, Théodose Ier défendit aux créanciers d'enfermer les débiteurs insolvables dans une prison privée. Mais, dans certaines régions, les créanciers n'en ont pas moins conservé l'habitude d'appréhender leurs débiteurs faute de payement à l'échéance, et de les garder en prison sans *addictio* (7). En Égypte, cette défense est restée lettre morte, bien qu'elle ait été renouvelée par Zénon et par Justinien (8).

3. Les *AUCTORATI*. — Ce sont des hommes libres qui ont loué leurs services pour prendre part à des combats de gladiateurs. Ces services sont d'une nature spéciale : l'*auctoratus* fait le sacrifice de sa vie. Il s'engage, par serment, à souffrir d'être brûlé, enchaîné, tué par les verges ou par le fer (9). L'entrepreneur de jeux *(lanista)* acquiert sur lui un droit sanctionné par l'action de vol (10). En droit, l'*auctoratus*

(1) Gell., XX, 1, 46 à 49. Sidon. Apoll., VIII, 6.
(2) Liv., VIII, 28. Cic., *de Rep.*, II, 34.
(3) Cat., *R. r.*, 56; Lab., in Sen., *Controv.*, X. 4, 18. Denys, XVII, 4. Le créancier a sur lui un droit analogue à la propriété, sanctionné par l'action de vol. Gaius, III, 199.
(4) Val. Max., VI, 1, 9; Lic. Ruf., *D.*, XLII, 1, 34.
(5) Quintil., VII, 3, 26.
(6) *C.*, IV, 10, 12, de l'an 294.
(7) Ambros., *de Tobia*, 9, 35. (*Patrol. Lat.*, XIV, 771.)
(8) *C. Th.*, XI, 11, 1; *C. J.*, IX, 5, 1; 2. On en trouve un exemple sous Justin II dans *P. Caire*, 67005. Cf. Edouard Cuq, *Rev. de philologie*, 1911, p. 355. La date a été fixée par J. Maspero, *Bull. Inst. fr. d'archéol. or.*, X, 12.
(9) Hor., *Sat.*, II, 7, 58; Petr., 117; Sen., *Ep.*, 37, 1; Paul., *Collat.* IV, 3, 2.
(10) Gaius, III, 199.

reste libre (1), mais en raison de la restriction qu'il apporte volontairement à sa liberté, il est tenu d'en faire la déclaration aux tribuns de la plèbe (2). Les jeux de gladiateurs ont été interdits en quelques régions d'Orient en 325 (3). En Occident, on a d'abord défendu à certaines catégories de personnes de louer leurs services; puis, Honorius a prohibé les combats de gladiateurs à Rome (4). Ils ont, sans doute, subsisté ailleurs, car Justinien a jugé utile d'insérer dans son Code une défense générale (5).

4. Les *redempti ab hoste.* — Le rachat des captifs a été de très bonne heure un devoir à l'égard des clients et des *gentiles* (6); mais le remboursement de la rançon a été, pendant longtemps, une simple obligation de conscience (7). Au début du IIIe siècle de notre ère, une constitution attribua à celui qui a fait le rachat, sans y être obligé (8), un pouvoir sur le *redemptus*, pouvoir analogue au *mancipium* (9). Il a le droit d'exiger ses services et de profiter des libéralités qui lui sont faites, tant qu'il n'est pas remboursé de ses avances (10). Jusqu'à ce moment, le *redemptus* est dans une situation intermédiaire entre l'esclave et l'homme libre : il ne peut se faire inscrire sur les rôles de l'armée, ni être réclamé par l'interdit *de homine libero exhibendo* (11), ni invoquer le *jus postliminii* (12). Mais, une fois libéré, il recouvre son état primitif sans être considéré comme un affranchi (13).

Au Bas-Empire, le *redemptus* n'est plus assimilé à un esclave : il est défendu de le retenir dans une prison privée (14). Le *redemptor* a simplement le droit d'exiger ses services pendant cinq ans, et ce droit est sanctionné par une action personnelle (15). A cette époque, le rachat des captifs est un devoir, non seulement pour les ascendants et les descendants, mais aussi pour les chrétiens à l'égard des chrétiens (16).

(1) La loi l'exclut du décurionat (*CIL.*, I, 206, l. 112), défend de recevoir son témoignage en justice (*Collat.*, IX, 2, 2); l'édit du Préteur lui interdit de postuler pour autrui. Ulp., *D*, III, 1, 1, 6.

(2) Sc. de Marc-Aurèle et Commode : *C.I.L.*, II, 6278, 62; Riccobono, *Fontes*, 45.

(3) *C. Th.*, XV, 12, 1 : *proposita Beryto*. Quelques années après, Libanius (*de vita sua*, 3) assistait à des jeux de gladiateurs donnés par son oncle à Antioche. Cf. pour l'Italie, Ambros., *de off.*, II, 21.

(4) *C. Th.*, XV, 12. 2 (de l'an 357); 3 (de l'an 397). En 404, Prudence supplie Honorius de les interdire à Rome (*adv. Symmach.*, v. 1114 : *P. L.* LX, 274), et sa demande fut accueillie. (Theodoret., *H. E.*, V, 26.)

(5) *C.*, XI, 44, 1.

(6) Denys, II, 10; App., *Hann.*, 28. Cf. Plaut., *As.*, I, 1, 93. Chez les Babyloniens, le rachat des captifs a été réglementé par l'art. 32 des lois de Hammourabi : le créancier ne peut saisir le champ, ni le jardin, ni la maison du *redemptus*; si celui-ci n'a pas de quoi se libérer, le *redemptor* a un recours contre le temple de la ville, ou à défaut contre le trésor royal.

(7) Cic., *de off.*, II, 18, 63.

(8) Paul, *D.*, XXIV, 3, 20. Diocl., *C.*, VIII, 50, 17, 1-2.

(9) Tryph., *D.*, XLIX, 15, 12, 8; Ulp., *D.*, V, 1, 67; XXVIII, 1, 20, 1. Gord., *C.*, VIII, 50, 2.

(10) Ulp., *D.*, XXX, 43, 3; Diocl., *C.*, VIII, 50, 15.

(11) Ulp., *D.*, XLIX, 16, 8; XLIII, 29, 3, 3.

(12) Diocl., *C.*, VIII, 50, 11; 17.

(13) Il reste ingénu (Ulp., *D.*, XLIX, 15, 21 pr.; Diocl., *C.*, VIII, 50, 16) et conserve la capacité d'acquérir à cause de mort. Ulp., *D.*, XXX, 43, 3.

(14) Valent., *C. Th.*, IX, 11, 1. Cf. Salv., *de gub. Dei*, VI, 99.

(15) Hon., *Const. Sirmond.*, XVI.

(16) *Nov.*, 115, c. 3, 13; c. 4, 7. Cyprian., *Ep.*, LX. Cf. Wallon, *Hist. de l'esclavage*, III, 363. Albertoni, *Lincei*, RC., 1925, p. 847.

§ 4. **Les colons.** — Depuis Marc-Aurèle, au lieu de réduire en esclavage les peuples vaincus, on en fit souvent des colons. Pour remédier à l'insuffisance de la population agricole, on amena en Italie et en Gaule, dans la Pannonie, la Mésie, la Dacie, des Germains, Goths ou Sarmates, qu'on répartit entre les propriétaires en les affectant, eux et leurs enfants, à la culture d'un domaine (1). Ce sont les *coloni adscripticii*.

Les colons volontaires apparaissent dans quelques inscriptions des Iᵉʳ et IIᵉ siècles, relatives à l'exploitation des domaines impériaux d'Afrique et d'Asie. Bien avant Marc-Aurèle, on avait constaté que le travail servile appliqué à la terre ne donnait pas des résultats rémunérateurs : on avait recours à des colons libres. L'exploitation des grands domaines était confiée à de petits cultivateurs travaillant chacun pour son compte avec sa femme et ses enfants, et payant une redevance au propriétaire ou au fermier général *(conductor)*. Dans les régions où la population était clairsemée et où il n'eût pas été facile de les remplacer, le propriétaire avait intérêt à bien traiter ses colons pour les retenir sur le fonds. Les clauses du bail restaient toujours les mêmes : les colons n'avaient pas à se préoccuper du changement de propriétaire ou de fermier. Grâce à cet usage, les familles de colons se perpétuaient sur le domaine : on les considérait comme un accessoire du fonds. En droit, les colons étaient libres d'abandonner la culture ; en fait, ils n'usaient pas de cette faculté (2).

Telles sont les deux classes de personnes qui, sous le Haut-Empire, étaient attachées à la culture de la terre (3). Aucune loi ne paraît avoir modifié la capacité juridique des colons volontaires; mais peut-être celle des colons amenés par Marc-Aurèle et ses successeurs était-elle restreinte par l'obligation de rester sur le domaine qu'on leur avait assigné (4). On ignore à partir de quelle époque il y eut dans les domaines privés, comme dans les domaines impériaux, des colons volontaires attachés à la terre.

(1) CAPITOL., *Marcus*, 22, 24; DIO, LXXI, 11.

(2) Edouard CUQ, *le Colonat partiaire*, 1897, p. 43; *Dict. Antiq.*, III, 1289.

(3) D'après Fustel de Coulanges (*Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 9), il y en aurait une troisième : celle des fermiers insolvables retenus de force sur le domaine jusqu'à ce qu'ils aient payé l'arriéré de leur dette ou fourni caution. Mais le droit attribué au propriétaire est contestable depuis l'introduction par Auguste du bénéfice de cession de biens; pour le surplus, l'opinion de Fustel repose sur l'interprétation erronée de SCÆV., *D.*, XXXIII, 7, 20. Cf. P. FOURNIER, *Rev. des quest. hist.*, XL, 188; Ed. CUQ, *Colonat*, 39.

(4) ZOSIM., I, 46. Il n'y aurait pas de doute si l'on pouvait affirmer (SEECK, *Paulys Realencykl.*, IV, 496) que ces colons sont les *inquilini* dont parle Marcien (*D.*, XXX, 112 pr.). On ne peut, dit-il, les léguer *sine prædiis quibus adhærent*, mais, d'après un rescrit de Marc-Aurèle et Commode, l'héritier peut être tenu d'en payer l'estimation si telle paraît être l'intention du testateur. Il est bien difficile de croire qu'il s'agit d'hommes libres, car la liberté n'est pas susceptible d'estimation. On objecte que si l'*inquilinus* est un esclave, le legs devrait être valable, car le maître peut disposer à son gré de ce qui lui appartient (KUEBLER, *Sav. Z.*, XXII, 208). Mais il y a ici une question d'interprétation de volonté : la décision de Marc-Aurèle doit être rapprochée d'un texte de Scævola, son principal conseiller. D'après *D.*, XX, 1, 32, le propriétaire d'un domaine peut, à défaut de colons, affecter des esclaves à la culture *ut ibi perpetuo essent*. S'il lègue ces esclaves isolément, doit-on supposer qu'il a changé d'intention? Tel n'est pas l'avis de Marc-Aurèle : on examinera si le testateur a entendu léguer la valeur des esclaves.

C'est au Bas-Empire que la loi s'est, pour la première fois, occupée des colons. Dans l'intérêt du fisc, pour faciliter la perception de l'impôt de capitation, elle les a soumis tous à une règle uniforme. Constantin interdit aux colons *adscripticii* (1) de quitter le domaine où ils sont nés *(origo)*, sous peine d'être traités comme des esclaves fugitifs (2). Valentinien Ier en 371, puis Théodose Ier, confirment cette règle, mais la rendent indépendante de l'obligation de payer l'impôt : les colons des provinces exemptées de la capitation ne peuvent prétendre au droit d'abandonner leur domaine (3) ; l'intérêt public, d'accord avec l'intérêt du propriétaire, s'oppose à ce que les champs restent incultes. Le colonat est, dès lors, une condition sociale ; la culture devient une profession obligatoire et héréditaire (4). Le colon est attaché à son domaine comme l'ouvrier à son métier et à sa corporation ; c'est le travail forcé (5).

Les colons forment au Bas-Empire une classe d'hommes libres, dont la condition se rapproche de plus en plus de celle des esclaves. Établis sur de grands domaines, ils sont attachés à la terre qu'ils cultivent moyennant une redevance en nature, parfois en argent : ce sont les serfs de la glèbe (6).

1. Formation du colonat. — On devient colon : 1° en vertu d'une décision impériale ou de la loi : les barbares prisonniers des Romains sont attribués aux propriétaires qui en font la demande (7) ; les mendiants valides, d'origine libre, sont attribués à ceux qui les dénoncent et seront colons à perpétuité (8) ; 2° par convention (9) ; 3° par la naissance.

(1) Cette restriction est justifiée par les textes qui visent spécialement les *coloni duntaxat adscripti* (*C.*, XI, 50, 2) et par ceux qui étendent la loi de Constantin *(lex a majoribus constituta)* aux provinces qui par exception avaient été exemptées de la *capitatio* comme la Palestine (Theod. I, *C.*, XI, 51, 1). Il y a donc des colons qui ne sont pas *adscripti censibus*. A l'inverse, il y a des *adscripticii* qui ne sont pas des colons : 1° les petits propriétaires qui vivent sur leur terre : il leur est interdit de quitter leur village (Theod. II, *C. Th.*, XI, 24, 6, 3 : Egypte) ; 2° les esclaves affectés à la culture : ils ne peuvent être vendus sans la terre qu'ils cultivent. Cette règle, qui n'existait pas encore en 327 (*C. Th.*, XI, 3, 2), apparaît en 349 (Constans, *C. Th.*, VII, 1, 3 ; cf. Valent., *C.*, XI, 48, 7 : Gaules).

(2) *C. Th.*, V, 9, 1 pr., de l'an 332. La défense ne s'applique plus lorsque l'intérêt du fisc et des *curiales* n'est pas en jeu : le propriétaire de plusieurs fonds peut transférer ses colons d'un fonds à l'autre (Valent. I, *C.*, XI, 47, 13, 1), car il est responsable de l'impôt pour tous ses colons, mais il ne peut pas, en vendant une partie de son domaine, céder tous ses colons : ce serait compromettre le droit des *curiales* à la perception de l'impôt sur la partie qui resterait inculte (*ibid.*, 7).

(3) *C.*, XI, 53, 1 (Illyrie) ; 52, 1 (Thrace) : *Inserviant terris, non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum* ; Arcad., *C.*, XI, 50, 2 : *Pæne est, ut quadam servitute dediti videantur.*

(4) Constantin, *C.*, XI, 68, 1-4. Les enfants d'un ingénu et d'une *colona* sont attribués *origini ex qua mater eorum est.* Theod., *C.*, XI, 64, 1 : *Quorum avi ac patres implicati hujusmodi functionibus fuerint.*

(5) Le colonat existe dans toutes les régions de l'empire. Au titre *de agricolis censitis et colonis* (*D.*, XI, 48), sur 18 lois antérieures au vie siècle, 13 concernent l'Italie ou les Gaules, 3 l'Orient, 2 sont incertaines (c. 11, 12). Il y a des titres spéciaux consacrés aux colons de Palestine, de Thrace et d'Illyrie.

(6) *C.*, XI, 52, 1, 1. *Rev. des Etudes anciennes*, 1926, p. 353.

(7) Theod., II, *C. Th.*, V, 4, 3 (Orient). Am. Marc., XXVIII, 5, 15. Ce sont les colons que, suivant *C. Th.*, XI, 24, 6, 1 et 3, on appelle *more gentilicio*, c'est-à-dire en grec, *homologi*. Wilcken a établi que le mot ὁμόλογος est la traduction du latin *dediticius* (*Grundz.*, 56).

(8) Valent., II, *C. Th.*, XIV, 18, 1 (Rome).

(9) Salv., *de gub.*, V, 8, 43 : *tradunt se ad tuendum protegendumque majoribus*. Une

L'enfant, dont les père et mère sont colons, est colon *(originalis)*. L'enfant d'une *colona* suit la condition de sa mère si les père et mère sont colons de domaines différents. On attribua d'abord les enfants au domaine du père, puis on les répartit dans une proportion variable entre les propriétaires des deux domaines (1).

2. Extinction du colonat. — On cesse d'être colon : 1° par l'entrée dans un monastère ou dans les rangs du clergé, avec le consentement du propriétaire (2); 2° par l'affranchissement, pourvu que le maître renonce en même temps à la propriété de la terre cultivée par le colon. Celui-ci devient alors *plebeius adscripticius* (3); 3° par la prescription de 30 ou 40 ans, suivant que le colon est ou non resté dans la même province et qu'il est entré à la curie ou dans toute autre corporation; s'il n'a fait que changer de domaine, la prescription est de 30 ans pour l'homme, 20 ans pour la femme (4). Ce mode d'extinction du colonat a été supprimé par Justinien.

3. Condition sociale et juridique des colons. — La condition sociale du colon est presque aussi méprisée que celle de l'esclave (5). Sa condition juridique a été progressivement rapprochée de l'esclavage (6).

Le maître a sur lui le droit de correction (7); il peut le transférer d'un domaine à un autre, l'échanger contre un autre colon (8). Son droit est sanctionné par une action en revendication (9). Le colon ne peut aliéner les biens qu'il possède sans le consentement du maître du domaine : il n'a qu'un pécule (10). Mais l'analogie entre le colon et l'esclave n'est pas complète : parfois on lui reconnaît la propriété d'une parcelle de terre (11); il doit personnellement l'impôt de capita-

Novelle de Valentinien (30, 5), confirmée par Justinien (*C.*, XI, 48, 22 pr.), exige une déclaration consignée dans les actes municipaux.

(1) Constantin, *C.*, III, 36, 11; Honor., *C. Th.*, V, 10, 3 (Italie); *Nov. Valent.*, XXXIV, 19; *Nov. Just.*, 162, 3.

(2) Theod. II, *C.*, I, 3, 16; Zeno, *cod.*, 36 pr. (Orient). Cette cause d'extinction n'était pas admise en Occident (Nov. *Valent.*, XVIII, 8).

(3) Sidon., *Ep.*, V, 19; Just., *C.*, XI, 48, 21, 1.

(4) Honor., *C. Th.*, XII, 19, 2 (Gaules); V, 10, 1, 1 et 3 (Italie); Just., *C.*, XI, 48, 23 pr.

(5) *Nov.*, *Val.*, 26, 1 : *Vilissimus colonatus*; Valent. I, *C.*, XI, 48, 18.

(6) Au IVe siècle, on le traite encore comme un homme libre (Arcad., *C.*, XI, 50, 1) : *Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sint, existimantur*. Mais il est exclu des fonctions publiques et du service militaire. Arc., *C. Th.*, VIII, 2, 5; Grat., *C.*, XI, 64, 1. Sous Justinien, on se demande quelle différence le sépare de l'esclave (*C.*, XI, 48, 21).

(7) Hon., *C. Th.*, XVI, 5, 52, 4; 54, 8; *Nov.* Val., 30 pr.; Just., *C.*, XI, 48, 24, 1; *Nov.* 22, c. 17. Il peut l'enchaîner : *C. Th.*, V, 9, 1, 1.

(8) Hon., *C. Th.*, V, 10, 1, 3; *Nov.* Val., 30, 3; 34, 18.

(9) Alex., *C.*, VIII, 51, 1; Valent., *C.*, XI, 48, 7, 2; Just., *C.*, XI, 48, 23, 5. Le maître a aussi une action préjudicielle contre le colon qui prétend être libre. *C.*, XI, 48, 13. Cf. Arc., Hon., *C. Th.*, XII, 19, 2. Le colon a une action de même nature, lorsqu'il veut faire reconnaître son état d'homme libre. Just., *C.*, XI, 48, 23 pr.

(10) Valent., *C. Th.*, V, 11, 6; Arcad., *C.*, XI, 50, 2, 3. Le maître peut exercer l'action *furti* contre l'acheteur (C. Herm., 16). Une crainte analogue a inspiré une clause de la *lex Manciana*. Cf. Ed. Cuq, *Colonat*, 51.

(11) Valent., *C. Th.*, V, 11, 1 : *Si qua propria habeant*; *Ib.*, XI, 1, 14 : *Quibus terrarum erit quantulacumque possessio* (Orient); Theod. II, *C. Th.*, V, 14, 9; *Nov.*, 128, 14. Il en était ainsi en Afrique sous Trajan pour les *subcesiva* que le colon avait mis en valeur; mais au Bas-Empire le maître a un délai de deux ans pour reprendre sa terre en remboursant les dépenses faites par le colon.

tion (1). Le maître ne peut exiger de lui d'autres services que ceux de la culture, ni le vendre sans le domaine, ni modifier l'étendue ou la nature de la redevance d'usage (2). Le colon conserve ses droits de famille et de succession ; il peut contracter un mariage valable avec une *colona* ou avec une esclave (3). S'il se marie avec une femme libre, il peut être châtié par le maître ou par le gouverneur de la province (4). Le colon peut ester en justice, sauf contre son maître ; et encore cette réserve est-elle, en certains cas, écartée (5). Le maître abusait souvent de sa situation : pour se défendre contre ses exigences, le colon se plaçait sous le patronage d'un puissant (6).

Au milieu du ve siècle apparaît une classe de colons plus favorisée, celle des colons libres (7). Ces colons ont un patrimoine dont ils peuvent disposer à leur gré (8). Le maître du domaine a sur eux, non pas un droit de puissance, mais un droit de patronat (9). A tout autre égard, la situation des colons libres ressemble à celle des colons ordinaires : ils sont attachés à la terre qu'ils doivent cultiver ; ils paient une redevance au maître du domaine, l'impôt de capitation à l'État (10).

La qualité de colon libre a été attribuée par Valentinien III aux enfants nés de l'union d'un colon avec une femme libre (11). Anastase, puis Justinien, ont rangé dans la même catégorie les hommes libres qui sont restés trente ans sur le même domaine dans la situation ordinaire des colons (12). L'état de fait est transformé en un état de droit.

(1) Valent., *C.*, XI, 48, 8 pr.; Just., 20, 3. Auparavant le maître payait pour le colon le *tributum*. De là le nom de *tributarius* donné au colon d'un domaine privé. *C. Th.* XI, 7, 2; X, 12, 2, 2; *C.*, XI, 48, 12 pr.

(2) Valent., *C.*, XI, 48, 7 pr.; 5; *Nov.* Val., 30, 4.

(3) Just., *C.*, XI, 48, 21.

(4) Just., *C.*, VII, 24, 1, 1. Les enfants issus de cette union suivirent d'abord la condition du père. En 537, Justinien décida, par faveur pour la liberté, qu'ils seraient libres comme leur mère (Nov., 54 pr., 1). Cette loi donna lieu en Illyrie à des difficultés et à des réclamations. Les uns demandaient si l'enfant pourrait quitter le fonds sur lequel il était né; les autres se plaignaient du tort que leur causait une loi qui permettait aux colons de soustraire leurs enfants au colonat. Justinien répondit aux uns en 539 que les enfants, nés libres, ne pourraient quitter la terre, à moins d'acquérir une propriété suffisante pour les occuper (Nov., 162, 2); il donna satisfaction aux autres en 540, et limita l'effet de la loi au cas où le père ne serait ni *adscripticius* ni colon. (App. I, éd. Kroll, p. 796.)

(5) Trois cas sont exceptés : augmentation de la redevance; accusation criminelle; prétention à la propriété (Arcad., *C.*, XI, 50, 2, 4; Just., *eod.*, 48, 20 pr.)

(6) Constantius, *C. Th.*, XI, 24, 1 (Egypte); Liban., *Or.*, II, 499 (Orient); Salv., V, 8, 38. Les puissants étaient parfois de hauts fonctionnaires comme S. Petronius Probus qui fut huit ans préfet d'Italie, puis préfet des Gaules (Ed. Cuq, sur *Borghesi*, X, 541, 703). Cf. p. 8.

(7) Justinien distingue le colon ἐναπόγραφος *(adscripticius)* et ἐλεύθερος *(liber)* qu'il appelle parfois simplement κολωνός. *Nov.* 162, c. 2, et la rubrique de la c. *de adscripticiis et colonis*.

(8) Anast., *C.*, XI, 48, 19; Nov. 162, c. 2.

(9) Theod., *C. Th.*, V, 3, 1 : *censibus adscripti vel jure patronatus subjecti.*

(10) Just., *C.*, XI, 48, 23, 1-3.

(11) *Nov.* Val., 30, 6 : *post denuntiationem.*

(12) *C.*, XI, 48, 19; 23, 1.

B. *La Cité*

§ 1er. **Les citoyens.** — Le droit de cité romaine s'acquiert, comme la liberté, soit par la naissance, soit par un fait postérieur. Dans le premier cas, l'enfant suit la condition du père ou de la mère, suivant qu'il y a ou non *conubium* entre eux. Cette condition s'apprécie pour le père lors de la conception ; pour la mère lors de la naissance de l'enfant. Par exception, une loi Minicia, qui paraît antérieure à la guerre sociale (1), refuse le droit de cité à l'enfant né d'une Romaine et d'un pérégrin : à défaut du *conubium* entre les père et mère, l'enfant suit la condition pire (2). Dans le second cas, l'acquisition du droit de cité résulte de l'affranchissement pour un esclave ; pour les pérégrins, d'une concession émanant du peuple, d'un magistrat dûment autorisé (3) ou de l'empereur. Il y a ici une sorte de naturalisation (4).

Le droit de cité se perd, à titre de peine, sous la République, par l'interdiction de l'eau et du feu ; sous l'Empire, par la déportation dans une île et par les travaux forcés à perpétuité (5). Pour prévenir l'usurpation du droit de cité, les contestations relatives à la qualité de citoyen ont été soumises à un tribunal spécial (*quæstio*) (6). Sous l'Empire, Claude punit de mort les usurpateurs (7).

La condition des citoyens romains n'est pas à tous égards uniforme : la plupart sont en même temps membres d'une cité locale. Ils ont deux patries : la patrie commune, Rome, et une patrie spéciale (*origo*) (8). L'*origo* s'acquiert par la naissance, l'affranchissement, l'adoption (9). L'enfant légitime prend l'*origo* de son père ; l'enfant né hors mariage, celle de sa mère (10). L'affranchi prend l'*origo* de son patron et la transmet à ses enfants et à ses propres affranchis. S'il a deux patrons originaires de deux cités différentes, il a une double *origo* (11). L'adopté garde son *origo* et y joint celle de l'adoptant lorsqu'elle n'est pas la même ; cette double *origo* se transmet aux enfants de l'adopté (12).

L'*origo* confère certains droits (*jus honorum*) et entraîne certaines

(1) Arg. Gaius, I, 79. Cf. Ed. Cuq, vº lex (*Dict. Antiq.*, III, 1158, 6).

(2) Gaius, I, 89, 91, 77. Cette loi fit disparaître un résultat choquant : l'enfant né d'une Romaine et d'un pérégrin était mieux traité que l'enfant né d'un Romain et d'une pérégrine. Cf. un Sc. rendu sous Hadrien, Gaius, I, 77.

(3) D'après une inscription récemment découverte à Rome, c'est la loi Julia de 664 qui, la première, conféra au chef d'armée le droit de concéder la cité romaine à des soldats pérégrins, à titre de récompense. La plus ancienne *lex data* de ce genre est du 17 novembre 664 ; elle a été rendue par le père de Pompée en faveur de cavaliers Espagnols qui avaient servi sous ses ordres. Girard, *Textes*, 61.

(4) Le naturalisé emprunte les nom et prénom de l'Empereur à qui il doit la qualité de citoyen ; il garde son ancien nom comme surnom.

(5) Gaius, I, 161. Ulp. *D.* XLVIII, 19, 2, 1 ; XXXII, 1, 3.

(6) Loi Licinia Mucia de 659 ; loi Papia *de peregrinis* de 689. Cic., *p. Balbo*, 21 ; *de off.*, III, 11 ; 47 ; Dio, XXXVII, 9. Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1153, 1157.

(7) Suet., *Claud.*, 25.

(8) Cic., *De leg.*, II, 2 ; Mod., *D.*, L, 1, 33 ; XXVII, 1, 6, 11.

(9) Ulp., *D.*, L, 1, 1, pr. Exceptionnellement l'*origo* s'acquiert, à titre honorifique, par une concession spéciale de la cité (*adlectio*). Diocl., *C.* X, 39, 7.

(10) Ulp., *eod.*, 1, 2. Cf. Ed. Cuq, vº origo, *Dict. Antiq.*, IV, 287.

(11) Ulp., *eod.*, 6, 3 ; 27 pr. ; 7 pr. ; Paul., 22 pr. ; Callistr., 37, 1.

(12) Pap., *eod.*, 15, 3 ; 17, 9.

charges *(munera)*. En droit privé, elle est prise en considération pour déterminer la compétence des tribunaux (1). La cité d'origine est d'ailleurs souvent distincte de la cité où l'on a son domicile (2).

L'*origo* acquise par la naissance ou par l'affranchissement ne se perd qu'à titre de peine. L'*origo* acquise par adoption se perd par une émancipation subséquente (3).

§ 2. **Étrangers et pérégrins.** — Les étrangers n'ont pas, en principe, la capacité juridique sur le territoire romain. A l'époque antique, les étrangers en relations avec Rome appartenaient soit à des cités indépendantes, soit à des peuples soumis à la domination romaine.

Les premiers s'appelaient *hostes*, c'est-à-dire égaux (4). Leur condition était réglée par des traités internationaux : ils avaient le *conubium*, le *commercium*, la *reciperatio*, ou ces deux derniers droits seulement. Le *conubium* est le droit de contracter mariage avec une personne appartenant à une autre cité (5). Le *commercium* est le droit de conclure avec une personne appartenant à une cité étrangère un acte tendant à l'aliénation ou à l'acquisition d'une chose, en accomplissant les solennités de la mancipation ou du *nexum* (6). La *reciperatio* est la faculté accordée aux citoyens de l'un des États contractants d'agir devant les tribunaux de l'autre État pour se faire rendre ce qui leur appartient et pour faire respecter leurs intérêts privés (7). — Les étrangers, soumis à la domination romaine, et qui, à cette époque, habitaient dans le voisinage de Rome, étaient appelés pérégrins (8). La loi des Douze Tables leur a accordé le *jus mancipii*, c'est-à-dire le *commercium* (9).

A partir du VIe siècle, la signification du mot *hostis* a été modifiée : sont *hostes* les peuples en état de guerre avec les Romains et, par assimilation, les ennemis de la République. Parmi les étrangers, on distingue les alliés de Rome, les peuples soumis, les habitants des cités indépendantes qui n'ont pas de traité avec Rome. Ceux-ci n'ont aucun droit, tandis que les alliés jouissent en général du *commercium* qui a une portée plus large qu'autrefois et comprend la faculté de contracter par stipulation.

A l'époque classique, le mot pérégrin désigne tous les sujets de l'Empire qui ne sont ni citoyens ni Latins, les habitants des cités libres ou des principautés tributaires, et même les étrangers résidant sur le territoire romain.

Parmi les peuples soumis, les Latins ont toujours été favorisés. Ce sont d'abord les habitants du Latium *(Latini veteres)*, puis ceux des

(1) GAIUS, *eod.*, 29. L'*incola* est le simple domicilié. POMP., *D.* L, 16, 239, 2 : *Incola est qui in aliqua regione domicilium suum contulit.*
(2) ULP., *eod.*, 6, 1.
(3) DIOCL., *C*, X, 39, 4; ULP., *D.*, L, 1, 6 pr.; HERM., 16. MARC., XLVIII, 19, 17, 1.
(4) FEST., vº *Status dies*; VARR., *L. l.*, V, 1. Cf. Ed. CUQ, *Dict. Antiq.*, III, 303.
(5) LIV., I, 9; CIC.. *De or.*, I, 9; *de Rep.*, II, 37.
(6) ULP., XIX, 5 : *commercium est emendi vendendique invicem jus.*
(7) FEST., vº *Reciperatio*; LIV., XLI, 24; XXXIX, 26. Cf. WENGER, *Pauly's Wissova*, *h. vº*, p. 405.
(8) VARR., *L. l.*, V, 4, 33 : *Dictus peregrinus a pergendo, id est progrediendo, eo enim ex agro Romani primum progrediebantur.*
(9) FEST., vº *Sanates.*

colonies latines. On a étendu la dénomination de Latins à des pérégrins habitant dans le voisinage de Rome et dont la condition juridique a été modelée sur celle des Latins *(Latium adjectum)*; à certains peuples italiques à qui l'on a voulu faire une situation privilégiée. Lorsque, après la guerre sociale, la loi Julia de 664 eut accordé la cité romaine à tous les Latins, le *jus Latii* aurait dû disparaître. On le conserva néanmoins et on le concéda à des cités pérégrines et même à des provinces : telle la Gaule Transpadane d'après la loi Pompeia de 665, l'Espagne d'après un édit de Vespasien (1). Ce sont des Latins fictifs.

Tous les Latins ont le *commercium* avec les Romains, quelques-uns seulement ont le *conubium*. Ils ont en outre certains privilèges qui les distinguent des pérégrins : 1° ils ont la capacité de tester au profit d'un Romain et peuvent être institués héritiers (2). Ils peuvent laisser à un Romain ou recevoir de lui un legs. Mais ils ne peuvent hériter ab intestat d'un Romain, parce qu'ils ne peuvent être ni son agnat ni son *gentilis*; 2° un Latin peut adopter un Romain et réciproquement; 3° il peut devenir propriétaire foncier sur le territoire de Rome; 4° les Latins acquirent d'abord la cité romaine de plein droit, lorsqu'ils résidaient à Rome. Vers le milieu du VIe siècle, on s'aperçut que cette facilité avait pour résultat de dépeupler les cités latines; on exigea une seconde condition : le Latin devait laisser dans sa patrie au moins un enfant (3). Sous l'Empire, l'acquisition du droit de cité devint plus difficile pour les Latins fictifs : sauf le cas d'une concession faite par la loi, elle fut restreinte soit aux anciens magistrats *(minus Latium)*, soit aux anciens magistrats et aux anciens décurions *(majus Latium)* (4); 5° les contestations entre citoyens romains et Latins, ou entre Latins, pour les actes conclus à Rome, sont vraisemblablement de la compétence du Préteur urbain.

Les pérégrins n'ont pas, sauf exception, le *commercium* avec les Romains; ils ne peuvent conclure avec eux un acte juridique du droit civil. Mais on leur permet d'invoquer le *jus gentium*. Leur capacité juridique s'est développée à mesure que ce droit a pris une large extension (p. 13; 55). Ils peuvent faire valoir leurs droits soit devant leurs propres magistrats (p. 57), soit à Rome devant le Préteur pérégrin, dans les provinces devant le gouverneur.

La distinction des citoyens et des pérégrins a survécu à l'édit de Caracalla (5). Les restrictions à la capacité des pérégrins s'appliquent aux déditices, aux affranchis Latins Juniens, aux personnes qui ont perdu le droit de cité à titre de peine. Sous Justinien, il ne reste que cette dernière catégorie. La capacité juridique appartient en règle générale à toutes les personnes libres *sui juris* (6). Mais s'il n'y a plus

(1) PLIN., *H. n.*, III, 4. Au temps de Gaius (I, 29), il y a encore des Latins coloniaires.

(2) Il a fallu une disposition spéciale de la loi pour retirer cette capacité aux Latins Juniens dont la condition était modelée sur celle des Latins. ULP., XX, 14.

(3) LIV., XLI, 8; VIII, 18; XLII, 10.

(4) GAIUS, I, 96. Inscr. de Gighti : *Bull. Acad. Inscr.* 1902, p. 38. Cf. JULLIAN, *Hist. de la Gaule*, IV, 245.

(5) Sous Constantin, il y avait des pérégrins à Briançon, dans la province des Alpes-Maritimes : *CIL*, XII, 94.

(6) L'égalité de droit n'est pas absolue. Il existe plusieurs classes privilégiées,

guère de pérégrins (1), il y a une nouvelle classe de personnes dont la capacité est limitée : les barbares, établis dans certaines régions frontières, conservent leur autonomie et sont dans une situation analogue à celle des pérégrins (2).

§ 3. **Les ingénus.** — L'ingénu est, d'après l'étymologie, celui qui fait partie d'une *gens*. C'était à l'origine le cas des patriciens. Plus tard on a étendu la qualification d'ingénu à tout citoyen né d'une personne libre par opposition à l'affranchi.

Les ingénus seuls sont pleinement capables : ils ont le droit de vote *(jus suffragii)* et d'éligibilité *(jus honorum)*, le droit de servir dans les légions, le *conubium*, le *commercium*, la *testamenti factio*, la *legis actio*.

La distinction des ingénus et des affranchis est étrangère aux premiers siècles de Rome, alors que les patriciens étaient seuls membres de la cité. La notion de l'ingénuité ne paraît avoir eu d'intérêt pratique qu'à partir de l'époque où les plébéiens eurent accès aux magistratures. On estima que, pour être éligible, il ne suffisait pas d'être libre et citoyen : il fallait être indépendant ; or l'affranchi et ses descendants étaient sous la dépendance du patron. Ainsi se fit une sélection parmi les plébéiens, et en même temps une distinction entre les personnes libres suivant qu'elles étaient ou non sous la dépendance d'autrui.

La qualité d'ingénu s'acquiert de deux manières : par la naissance ou par le bienfait du prince. Sont ingénus ceux qui sont nés libres : les fils d'affranchis sont donc ingénus. Cette notion de l'ingénuité est nouvelle : anciennement la condition d'affranchi était héréditaire jusqu'à la première et même jusqu'à la seconde génération ; mais, depuis la loi Terentia de 565 et sauf quelques exceptions, l'usage se répand de traiter comme ingénus les fils d'affranchis (3).

La qualité d'ingénu est acquise par le bienfait du prince, soit indirectement par la concession du droit de porter l'anneau d'or (4), soit directement par le redressement du vice de la naissance *(natalium restitutio)*. Mais le droit à l'anneau d'or laisse subsister les droits du patron (5) et ne procure que l'apparence de l'ingénuité (6). Pour avoir l'état d'ingénu avec ses prérogatives, il faut obtenir une décision spéciale du prince qui, d'ordinaire, exige l'assentiment du patron (7).

celles des sénateurs, des fonctionnaires impériaux, des militaires. Les sénateurs, de rang illustre, sont soumis à des règles spéciales quant au mariage, à la caution *judicatum solvi* (Zeno, *C.*, XII, 1, 17), au taux des intérêts qu'ils peuvent stipuler (*C.*, IV, 32, 26, 2); à leur mort, leurs enfants impubères sont pourvus d'un tuteur par le préfet de la ville assisté de dix sénateurs et du préteur tutélaire (*C.*, V, 33, 1). Les ex-préfets du prétoire et de la ville, les maîtres de la milice, les membres du consistoire, les proconsuls et vicaires sont tenus de se faire représenter en justice (*C.*, II, 12, 25; cf. *Nov.*, 71). Les fils de famille militaires et assimilés sont soumis à des règles spéciales pour leur pécule.

(1) Les compilateurs ont maintenu la mention des pérégrins dans Diocl., *C.*, VI, 24, 7; ils l'ont remplacée par celle d'*alienus* dans *C.*, V, 27, 1.

(2) Tels sont les Éthiopiens et les Goths. Cf. Mommsen, *Neues Archiv*, XIV, 526.

(3) Marc., *D.*, I, 5, 5, 2. Horace, fils d'affranchi, se dit ingénu. *Sat.*, I, 6, 7.

(4) App., *B. c.*, IV, 80; Suet., *Aug.*, 74; Dio, XLVIII, 45; LIII, 30.

(5) Hadr., ap. Ulp., *D.*, XL, 10, 6; Marc., *eod.*, 3; Paul, *eod.*, 5; Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 3 pr. Il en fut autrement au Ier siècle, alors que la concession de l'anneau d'or conférait l'*equestris dignitas*. Cf. Mommsen, VI, 2, 120, 2-3; 121, 1.

(6) Diocl., *C.*, VI, 8, 1; IX, 21, 1.

(7) Marc., *D.*, XL, 11, 2; Scæv., *eod.*, 2. Cet usage existait au milieu du IIe siècle.

L'usurpation de l'ingénuité fut réprimée par une loi Visellia, de l'an 24, en exécution d'un Sc. de l'année précédente (1).

La qualité d'ingénu acquise par la naissance se perd par l'esclavage *(justa servitus)* et ne peut être recouvrée même si l'esclavage prend fin. Celui qui est temporairement *servi loco* et celui qui, après captivité, revient à Rome, restent ingénus. La qualité d'ingénu acquise par le bienfait du prince se perd par le retrait de la faveur accordée (2).

§ 4. **Les affranchis.** — L'affranchi est celui qui après avoir été légalement esclave, a été libéré de la servitude (3). Le citoyen, qui a été fait prisonnier par l'ennemi, ne devient pas affranchi lorsqu'il retourne à Rome : au regard de la loi romaine, il n'a pas été esclave.

1. Modes d'affranchissement. — *a) Modes solennels.* — L'affranchissement a lieu soit entre vifs, soit à cause de mort (4). Il n'y a pas de forme directe d'affranchissement entre vifs : le maître peut renoncer à son droit de propriété ; il ne peut faire de son esclave un homme libre ni un citoyen. La liberté et la cité sont du ressort du droit public. Pour affranchir entre vifs on a recours à un expédient qui exige le concours d'un magistrat ; l'affranchissement a lieu par la vindicte ou par le cens.

1° L'affranchissement par la vindicte consiste à simuler un procès. D'accord avec le maître, un citoyen *(adsertor libertatis)* affirme devant le magistrat que l'esclave est injustement retenu en servitude ; le maître avoue ou ne conteste pas ; le magistrat donne acte de cet aveu exprès ou tacite. Désormais l'esclave passe pour un homme libre. Le nom donné à ce mode d'affranchir vient de ce que l'*adsertor* et le maître placent, chacun à son tour, sur la tête de l'esclave une baguette *(vindicta)* ou un brin de paille *(festuca)*, comme dans les procès relatifs à la propriété (5).

2° L'affranchissement par la vindicte est inutile pendant les opérations du cens : il suffit au maître de demander au censeur d'inscrire l'esclave sur la liste des citoyens.

3° L'affranchissement à cause de mort a lieu par testament. Il confère directement la liberté : l'esclave devient libre dès l'instant où le testament produit son effet. La volonté du maître a ici une efficacité qui lui fait défaut dans tout autre cas, parce qu'elle est confirmée par les comices ; elle l'a conservée lorsque le testament comitial a été remplacé par d'autres modes de tester.

L'affranchissement testamentaire peut être fait sous la condition de payer une certaine somme à l'héritier (6). La loi des Douze Tables a pris des mesures pour empêcher l'héritier de priver l'esclave du bénéfice de cette clause par une aliénation (7) : l'esclave conserve le droit

Pline (*Ep.*, X, 77 et 78) parle de *restitutio natalium* dans un sens tout différent, à propos d'enfants qui n'ont pas été reconnus.

(1) Ulp., III, 5; Diocl., C., X, 32, 1. Cf. *Dict. Antiq.*, III, 1167.

(2) Commod., ap. Marc., *D.*, XL, 10, 3.

(3) Gaius, I, 11 : *qui ex justa servitute manumissi sunt.*

(4) Ulp., I, 6-9; Gaius, I, 138.

(5) Gell., IV, 16; Boeth., in *Top.*, 288. Cf. p. 274, 8.

(6) La condition peut avoir pour objet toute autre chose, même l'accomplissement d'un fait. Jul., *D.*, XL, 7, 13, 3; Pomp., *eod.*, 6, 7.

(7) Ulp., II, 4; Mod., XL, 7, 25. Le mot *emptio* qui figurait dans les Douze Tables désigne toute aliénation. Aristo ap. Pomp., *eod.*, 29, 1.

de réclamer sa liberté lorsqu'il est prêt à remettre à l'acquéreur la somme fixée par le testateur (1). La loi l'autorise par là même à disposer de l'argent qu'il a économisé au décès du testateur. L'héritier ne peut le lui enlever comme un pécule ordinaire, sinon la condition serait réputée accomplie par cela seul que l'héritier l'a empêchée de s'accomplir (2) : l'esclave deviendrait libre de plein droit. L'affranchissement conditionnel a donc pour effet de modifier, dès la mort du testateur, la situation de l'esclave. L'esclave est, quant au pécule qu'il possède à ce moment, traité comme un homme libre : on l'appelle *statuliber*.

4° A l'époque classique, les trois modes d'affranchissement ont subi des changements de forme. L'affranchissement par la vindicte a toujours le caractère d'un procès fictif, mais il n'est pas soumis aux règles anciennes de la procédure des actions de la loi : on n'exige plus de termes sacramentels; le magistrat n'a pas besoin de siéger à son tribunal; il peut être à la fois juge et partie, coopérer à l'affranchissement de son propre esclave (3).

L'affranchissement par le cens n'a plus lieu en la forme antique ; les opérations du cens ont été accomplies pour la dernière fois à Rome en 74 ; elles ont lieu désormais par les soins des magistrats municipaux.

L'affranchissement à cause de mort se fait de deux manières, par testament ou par fidéicommis : l'affranchissement testamentaire confère seul la liberté directe ; l'esclave devient l'affranchi du défunt *(libertus orcinus)* (4). Si au contraire le maître charge par fidéicommis son héritier ou un légataire d'affranchir un de ses esclaves ou même l'esclave d'autrui, l'affranchi a pour patron le fiduciaire (5). L'exécution du fidéicommis de liberté a été assurée par le Sc. Rubrien sous Trajan et par des sénatus-consultes postérieurs (6).

b) Modes non solennels. — Ces modes, introduits par la pratique, sont : l'affranchissement verbal en présence d'amis, l'affranchissement par lettre (7). En droit, cet acte est sans valeur ; en fait, il est plus commode :

(1) Ulp., II, 3; *D.*, XL, 7, 6, 3.
(2) Pap., *eod.*, 35; P. Diac., v° *statuliber* ; cf. Gaius, II, 200.
(3) Jul., *D.*, XL, 2, 5; Gaius, *eod.*, 7; Ulp., 8; Herm., 23.
(4) Serv., ap. Paul., *D.*, XL, 4, 35; Lab., *D.*, XXXIII, 8, 22 pr.; Ulp., II, 8.
(5) Gaius, II, 263-267 ; 272; Jul., *D.*, XL, 5, 47, 1. L'esclave affranchi par fidéicommis prend la condition juridique et l'*origo* du *manumissor* et non celles du testateur. La question présente un intérêt lorsque la condition du premier est meilleure que celle du second. Dans *C.*, X, 39, 2, Gordien constate que le *manumissor* a conféré la *justa libertas* parce qu'il était originaire de la province d'Aquitaine. Les habitants de cette province avaient donc le privilège d'être citoyens romains. Le testateur devait être d'une région moins favorisée; il avait cependant le *jus Latii*, sans quoi il n'aurait pu tester d'après la loi romaine. Cette distinction entre provinciaux à une date (238-244) postérieure à l'édit de Caracalla prouve que cet édit n'a pas eu une portée générale (p. 14).
(6) *D.*, XL, 5, 26, 7; 51, 7; 36 pr.; 28,4; 30, 6. La liberté reste acquise à l'esclave, alors même qu'on reconnaîtrait plus tard la fausseté du codicille contenant le fidéicommis, mais l'affranchi doit indemniser l'héritier de la perte qu'il a subie. Tryph., *D.*, XXXVII, 14, 23, 1. D'après un rescrit cité par Papinien, l'affranchi paie une somme fixe de 20 solides ou 2 000 sesterces. *D.*, XL, 4, 47; *C.*, VII, 4, 2.
(7) Gaius, I, 41; 44; Ulp., I, 10; 18; Paul, IV, 12, 2; Sen., *de vita beata*, 24, 3; Plin., *Ep.*, VII, 16, 4. On a trois actes d'affranchissement *inter amicos* : l'un de l'an 147 (Mitteis, *Chrest.*, 362; Girard, *Textes*, 849), le 2e de 195 (P. Freiburg, 10 ; Ber. Heidelberg. Akad., 1916), le 3e de l'an 291 (*P. Oxy.*, IX, 1205).

le maître absent peut se faire représenter par son fils (1), libérer son esclave par correspondance; puis le maître ne se lie pas irrévocablement (2). Mais, de bonne heure, le Préteur prit sous sa protection ces esclaves et refusa aux maîtres le droit de les revendiquer (3). La loi Junia Norbana consacra l'usage introduit par l'Édit, et régla la situation des esclaves qui pour des causes diverses ne devenaient pas, lors de leur affranchissement, citoyens romains : elle en fit une classe nouvelle, celle des Latins Juniens. — Il y a enfin des cas où un esclave devient libre sans affranchissement : par le bienfait de la loi (4), ou par la prescription de long temps (5).

c) *Bas-Empire.* — Les anciens modes d'affranchissement entre vifs disparaissent, comme l'affranchissement par le cens (6), ou sont simplifiés comme l'affranchissement par la vindicte qui se réduit à une déclaration solennelle faite devant le magistrat ou devant le conseil impérial (7). A cause de mort, la liberté directe peut être léguée par un codicille non confirmé. On va même jusqu'à sous-entendre l'intention d'affranchir lorsqu'un maître nomme son esclave tuteur testamentaire de son fils. S'il nomme tuteur l'esclave d'autrui, cela équivaut à un fidéicommis de liberté (8).

Le mode le plus usité chez les chrétiens est l'affranchissement dans les églises (9), dont l'efficacité fut admise par Constantin. Il consiste en une déclaration faite par le maître dans l'église en présence des prêtres et du peuple. Il a sur la vindicte l'avantage de ne pas obliger le maître à se rendre devant un magistrat investi de la *legis actio*.

L'affranchissement non solennel subsiste, mais il confère désormais la cité romaine, car Justinien a supprimé la classe des Latins Juniens. Entre amis l'acte doit être fait en présence de cinq témoins qui mettent sur la lettre leur souscription, lorsqu'elle a été écrite par un tiers, tel qu'un tabellion (10). L'affranchissement peut aussi avoir lieu *per men-*

(1) Jul., *D.*, XL, 2, 4 pr. Cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XX, 212.
(2) Tac., *Ann.*, XIII, 27 : *ut relinqueretur pœnitentiæ... locus.*
(3) Gaius, III, 56. Cet édit est sans doute antérieur à un projet de loi du tribun Clodius, de l'an 696, qui proposa sans succès d'accorder à ces affranchis la liberté de droit, la cité romaine et le droit de vote dans les tribus rurales. Cic., *p. Mil.*, 12; Asc., *ad h. l.*
(4) Edits de Claude (Mod., *D.*, XL, 8, 2), Vespasien (*D.*, XXXVII, 14, 7 pr.), Hadrien (*C.*, IV, 56, 1), Marc-Aurèle et Commode, Gordien (C., IV, 57, 2; 3; 4; *D.*, XL, 8, 3): Constantin, *C.*, I, 10, 1; VII, 13, 2-4; Just., *Nov.* 5, c. 2, 1.
(5) Admise d'abord au profit de l'esclave affranchi par un débiteur du fisc (Aristo ap. Paul., *D.*, XL, 9, 16, 3), cette cause de libération fut ensuite généralisée (Diocl., *C.*, VII, 22, 1; 2), mais il faut que l'esclave ait eu de bonne foi la possession d'état de la liberté. Constantin a porté le délai de la prescription à seize ans. *C. Th.*, IV, 8, 7.
(6) Il n'était plus en usage au temps de Boèce (fin du IVe ou début du Ve siècle).
(7) *C.*, VII, 1, 4; cf. *C.*, VI, 7, 2, 1.
(8) *Inst.*, I, 5, 1; 14, 1. Cf. Ulp., *D.*, XXVI, 2, 10, 4.
(9) *C.*, I, 13, 1; *C. Th.*, IV, 7, 1 pr.; II, 8, 1; Sozom., *Hist. eccl.*, I, 9. Cf. la formule de la déclaration dans Ennod., *Patrol. lat.*, LXIII, 257. Un usage analogue existait en Italie : l'esclave recevait, dans le temple de la déesse Feronia, le bonnet *(pileus)*, signe de la liberté (Serv., *Æn.*, VIII, 564); en Grèce, l'affranchissement avait lieu sous la forme d'une vente à la divinité, ou par consécration à une divinité : ce dernier mode mentionné par Festus (v° *puri*) sous le nom de *manumissio sacrorum causa*, existait en Chaldée avant Hammourabi. Cf. Ed. Cuq, *le Droit babylonien au temps de la première dynastie de Babylone*, 1909, p. 432.
(10) *C.*, VII, 6, 1.

sam, lorsque le maître fait asseoir à sa table son esclave (1). — Les membres du clergé sont dispensés de toute formalité; leur volonté d'affranchir suffit, de quelque manière qu'elle ait été exprimée, même sans témoins (2).

2. Restrictions a la liberté d'affranchir. — L'affranchissement doit, en principe, être la récompense des bons services rendus par un esclave : il peut avoir lieu gratuitement ou moyennant une indemnité payée par l'esclave sur ses économies. Au temps de Cicéron, six ans suffisaient à un esclave pour se racheter (3). Peu à peu, on affranchit les esclaves pour d'autres causes (4); puis, à mesure que la moralité s'affaiblit, on vit des maîtres affranchir leurs esclaves par vanité ou pour récompenser des services inavouables. Vers la fin de la République, les affranchissements prirent de telles proportions qu'il fallut aviser; le peuple romain allait bientôt compter plus d'affranchis que d'ingénus. Ce droit de cité, dont les Romains étaient si jaloux qu'ils le refusèrent pendant longtemps aux peuples libres de l'Italie, ils le prodiguaient inconsciemment à des esclaves indignes. Trois lois furent rendues sous Auguste et Tibère pour empêcher les esclaves d'obtenir trop facilement la liberté ou la cité romaine : les lois Fufia Caninia, Ælia Sentia, Junia Norbana.

a) La première, de l'an 752 (5), restreint les affranchissements testamentaires. Certains testateurs, pour augmenter l'éclat de leurs funérailles, affranchissaient en masse leurs esclaves : ils se montraient généreux aux dépens de leurs héritiers (6). La loi a mis un terme à cet abus : pour tous ceux qui ont plus de deux esclaves, elle ne permet d'en affranchir qu'une partie, au maximum cent; elle prescrit en même temps de les affranchir nominativement (7) : si le maximum est dépassé, les premiers nommés obtiennent seuls la liberté.

b) La loi Ælia Sentia, de l'an 757, vise spécialement les affranchissements entre vifs. Elle contient trois sortes de règles : les unes destinées à prévenir les abus de la liberté d'affranchir, les autres à sanctionner les devoirs réciproques entre patrons et affranchis, d'autres enfin à déterminer la situation des affranchis qui ne deviennent pas citoyens romains. La loi a prévu trois sortes d'abus : elle a voulu protéger le

(1) Theoph., *Inst.*, I, 5, 4; Gai., *Epit.*, I, 1, 2. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XXVI, 404.

(2) *C. Th.*, IV, 7, 1, 1. La faveur pour la liberté a inspiré à Justinien plusieurs décisions : 1° le condamné aux mines conserve la qualité d'homme libre; son mariage n'est pas dissous (Nov., 22, c. 8); 2° l'esclave commun affranchi par l'un de ses maîtres est libre, mais le *manumissor* doit payer à son copropriétaire une indemnité fixée par la loi (*C.*, VII, 7, 1); 3° l'esclave grevé d'usufruit peut être affranchi par l'usufruitier sous réserve du droit du nu propriétaire et réciproquement; dans le premier cas, il est libre en fait jusqu'à la fin de l'usufruit; dans le second, il est libre en droit, mais il reste au service de l'usufruitier jusqu'à la fin de l'usufruit (*C.*, VII, 15 1); 4° le fidéicommis de liberté n'est pas nul si le maître refuse de vendre l'esclave : on attendra une occasion favorable (*Inst.*, II, 24, 2).

(3) Cic., *Phil.*, VIII, 11, 32.

(4) Col., I, 8, 19 : *(Ancillæ) cui tres erant filii, vacatio; cui plures, libertas quoque contingebat.* Denys, IV, 24.

(5) La date de la loi est fixée par une inscription publiée par Gatti, *Bull. d. R.*, 1906, p. 115.

(6) Cf. Ed. Cuq, v° funus (*Dict. Antiq.*, II, 1399).

(7) Gaius, I, 42-46; Ulp., I, 25. Un Sc. Orfitien décida plus tard qu'il suffirait de désigner clairement l'esclave. Paul, IV, 14, 1.

maître contre son inexpérience, l'État contre l'introduction dans la cité de membres indignes ou sujets à caution, les tiers contre la fraude du *manumissor*.

La loi refuse au maître mineur de 20 ans le droit d'affranchir sans l'autorisation d'un conseil institué à cet effet. Elle est plus exigeante qu'en matière de testament : le mineur, qui ne peut, avant l'âge de 20 ans, donner la liberté à un esclave, peut disposer de tous ses biens à cause de mort à 14 ans accomplis. Le *consilium manumissionis* se compose à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, présidés par le Préteur (1); dans les provinces, de vingt récupérateurs citoyens romains, présidés par le gouverneur. Il se réunit à Rome à des époques déterminées; dans les provinces, le dernier jour des assises *(conventus)* (2). Il est chargé d'apprécier s'il existe une juste cause d'affranchissement (3). S'il émet un avis favorable (4) et que l'affranchissement ait lieu séance tenante par la vindicte (5), l'esclave est libre et citoyen (6).

La loi défend d'affranchir un esclave mineur de 30 ans. Mais s'il existe une juste cause approuvée par le conseil, l'esclave, affranchi séance tenante par la vindicte, devient citoyen; autrement il n'a qu'une liberté de fait. A défaut de juste cause, l'affranchissement est non avenu (7). La loi refuse la qualité de citoyen à l'affranchi qui, avant d'obtenir la liberté, a été condamné à des peines graves (8). Par exception, l'esclave mineur de 30 ans, celui qui devrait être déditice, devient citoyen romain, s'il a été affranchi par testament et institué seul héritier par un maître insolvable (9).

Il est interdit d'affranchir un esclave en fraude des droits des créanciers. Le Préteur avait déjà protégé les créanciers contre les actes commis par le débiteur à leur préjudice : il permettait d'attaquer ces actes par l'action Paulienne; mais cette action était inapplicable à l'affranchissement qui, par sa nature, est irrévocable (10). La loi décide que l'affranchissement est non avenu (11). Par exception, l'affranchissement est valable s'il a été fait par testament et si l'esclave a été institué

(1) D'après Gaius (I, 20), les chevaliers devaient être pubères. Il y a là une erreur du copiste : on ne se figure pas des chevaliers de 14 ans siégeant à côté des sénateurs. Gaius avait peut-être écrit : *eq(uo) publ(ico)*. Cf. Karlowa, II, 1110. Fr. Schulz, *Sav. Z.*, XLVIII, 197.

(2) Gaius, I, 38. 40; Ulp., I, 13.

(3) Gaius, I, 39 et 19. Cf. pour l'affranchissement *matrimonii causa*, le Sc. cité par Ulp., *D.*, XL, 2, 13; Mod., *D.*, XL, 9, 21

(4) Paul, *D.*, XL, 2, 15, 4; *CIL.*, XIV, 1437.

(5) *Manumissio ad concilium* : *CIL.*, VI, 1877; Gaius, I, 38.

(6) Gaius, I, 17. Proc., ap. Jul., *D.*, XL, 9, 7, 1.

(7) Gaius, I, 18, 29, 31. Au temps d'Ulpien, I, 12, l'esclave devenait *Cæsaris servus*.

(8) Gaius, I, 13, 15 et 26.

(9) Ulp., I, 14; Gaius, I, 21. D'après Gaius (II, 276), un Sc. du temps d'Hadrien a défendu d'affranchir et d'instituer héritier un esclave mineur de 30 ans. Mais on peut charger l'héritier de l'affranchir lorsqu'il aura 30 ans et de lui restituer l'hérédité. Scæv., *D.*, XXVIII, 5, 83, 1.

(10) Dans Aristo ap. Paul., *D.*, XL, 9, 16, 3, il s'agit d'un affranchissement irrégulier : *si non diu in libertate fuisset.*

(11) *Inst.*, III, 11, 5. Cf. rescr. Pii, ap. Marc., *D.*, XL, 2, 9, 1; Ulp., *D.*, XL, 5, 4, 2. Gaius, I, 37. L'action dite Paulienne est antérieure à l. Ælia Sentia : elle est connue de Labéon (ap. Ulp., *D.*, XLII, 8, 6, 6.) Cf. p. 587, 6.

héritier (1). La loi n'a pas voulu refuser au maître insolvable le moyen de ne pas mourir intestat et d'épargner à sa mémoire la honte de l'infamie. En instituant toute autre personne, il ne pouvait espérer qu'elle accepterait sa succession; son esclave, au contraire, sera son héritier nécessaire. On a donc fait prévaloir ici l'intérêt du défunt sur celui des créanciers; mais l'exception n'est admise qu'au profit d'un seul esclave, celui qui a été nommé le premier (2); elle est même écartée si l'esclave a un cohéritier ou un substitué qui accepte la succession.

L'application de la loi est subordonnée à la preuve d'une *fraus*. On en conclut d'abord qu'il suffisait aux créanciers d'établir qu'ils avaient subi un préjudice matériel *(eventus damni)*, que l'affranchissement avait eu pour effet de rendre le débiteur insolvable ou d'augmenter son insolvabilité (3). On exigea ensuite l'intention frauduleuse *(consilium fraudis)* (4).

La loi Ælia Sentia a également interdit les affranchissements faits en fraude du patron du *manumissor*, c'est-à-dire pour diminuer la part qui lui revient dans la succession de son affranchi (5).

c) La loi Junia Norbana (p. 101,4) refuse au maître le droit de faire de son esclave un citoyen romain lorsqu'il l'a affranchi par un mode non solennel, ou lorsqu'il n'a sur lui que la propriété prétorienne.

Les restrictions à la liberté d'affranchir ont été en partie supprimées ou atténuées par Justinien : la loi Fufia Caninia a été abrogée (6) ainsi que la loi Junia; la clause de la loi Ælia Sentia qui annule l'affranchissement en fraude du patron n'est pas reproduite. L'affranchissement testamentaire est permis dès que le maître atteint l'âge où il peut ester en justice, 17 ans accomplis (7); depuis la Novelle 119, c. 2, dès qu'il est capable de tester, à 14 ans.

3. Condition des affranchis. — En principe, l'affranchi prend la condition juridique de celui qui lui a donné la liberté : il est, comme lui, citoyen romain, Latin ou pérégrin.

L'affranchi citoyen romain est dans une situation inférieure à celle de l'ingénu : 1° en droit public, il n'a pas le *jus honorum* et par suite n'est pas éligible aux magistratures de Rome, ni même, depuis la loi

(1) Nerat., *D.*, XXVIII, 5, 55; Paul, *eod.*, 57. Cels., *eod.*, 60.
(2) *Inst.*, I, 6, 1.
(3) Gaius, *D.*, XL, 9, 10. Les Sabiniens s'attachant, suivant leur habitude, à la lettre de la loi, pensaient qu'on n'avait pas à rechercher si le débiteur avait pour héritier une personne solvable, ni même si le débiteur avait subordonné l'affranchissement à la condition que ses dettes seraient intégralement payées. (Gaius, *D.*, XL, 4, 57.) Cette opinion fut combattue par les Proculiens.
(4) En général, cette seconde condition n'ajoute pas grand'chose à la première : tout débiteur devant connaître l'état de ses affaires (*C.*, IV, 44, 15), l'intention frauduleuse doit être présumée. Mais il peut se faire qu'un citoyen qui fait le commerce avec des pays étrangers soit ruiné longtemps avant qu'il en reçoive la nouvelle (Gaius, *l. c.*; *Inst.*, I, 6, 3) : si, dans l'intervalle, il a affranchi un esclave, on ne pourra pas dire qu'il a eu l'intention de frauder ses créanciers. Julien partage sur ce point l'opinion des Proculiens. Gaius (*l. c.*) le lui reproche comme une inconséquence, car, dit-il, celui qui subordonne l'affranchissement à la condition que toutes ses dettes soient payées, n'a pas l'intention de frauder ses créanciers. L'opinion des Proculiens a prévalu. Cf. Guarneri Citati, *M. C.*, I, 427-513.
(5) Gaius, I, 37; Ulp., I, 15.
(6) *Inst.*, I, 7. Justinien abrogea également le Sc. Claudien : *C.*, VII, 24, 1.
(7) *Inst.*, I, 6, 7.

Visellia de l'an 24, aux magistratures municipales (1); il n'a le droit de vote que dans les quatre tribus urbaines qui sont les moins considérées (2); 2° en droit privé, le mariage fut d'abord interdit entre ingénus et affranchis (3); depuis Auguste, la défense ne s'applique qu'aux sénateurs (p. 162). L'infériorité de l'affranchi se manifeste surtout parce qu'il est vis-à-vis de son patron dans un état de dépendance.

L'esclave affranchi par un citoyen romain a, par exception, dans certains cas, une condition juridique différente de celle de son patron : il est Latin Junien ou déditice.

a) Les affranchis *Latins Juniens* appartiennent à une classe inférieure qui a été créée par les lois Ælia Sentia et Junia Norbana (4). Elle comprend : 1° d'après la loi Ælia Sentia, les esclaves qui ont été affranchis en vertu d'une juste cause, mais autrement que par la vindicte et devant le conseil; 2° d'après la loi Junia, les esclaves affranchis par un mode non solennel (5), ou 3° par un maître qui n'avait que la propriété prétorienne; 4° d'après un édit de Claude (p. 80, 9), les esclaves malades ou infirmes, abandonnés par leur maître; 5° ceux qui, ayant succombé dans un procès relatif à la liberté, ont été rachetés par un tiers (6); 6° d'après un édit de Constantin, les esclaves qui ont dénoncé un crime de rapt (7).

Jusqu'à la loi Junia Norbana, ces affranchis étaient libres en fait, mais non en droit. De là des difficultés pour régler leur situation : elles furent résolues sur quelques points par la loi Ælia Sentia (8), et d'une manière plus générale par la loi Junia Norbana. Ces affranchis furent exclus du droit de cité romaine et assimilés par une fiction aux

(1) Diocl., *C.*, IX, 21, 1.

(2) Il a sans doute perdu ce droit sous l'Empire, car dans le nom qu'il porte on n'indique plus la tribu à laquelle il appartient.

(3) Tite-Live (XXXIX, 19) cite une exception faite en 568, par le sénat, pour récompenser une affranchie d'avoir dénoncé l'association des Bacchanales.

(4) La date de cette loi est discutée. Cf. Labbé sur Ortolan I, 791. Voigt, II, 160; 489. Régulièrement on devrait la placer dans le 1er semestre de l'an 772 = 19, où furent consuls L. Junius Silanus et L. Norbanus (Borghesi, V, 216; *CIL.*, I, 764; VI, 1436, 1496). Le doute vient d'un texte attribué au grammairien Dosithée : *Lex Junia Latinorum genus introduxit.* Or, Gaius (I, 28; 31; 41) dit que la loi Ælia Sentia visait les affranchis Latins; donc elle est postérieure à la loi Junia. Cette conclusion ne nous paraît pas nécessaire. S'il est vrai que la loi Junia a défini la condition de certains affranchis en les assimilant aux Latins coloniaires, cela ne prouve pas que la loi Ælia Sentia ne se soit pas déjà occupée de ces mêmes affranchis. Ceux qui, plus tard, ont formé la classe des Latins Juniens étaient antérieurement des esclaves libérés de fait : *servi in libertate morantes.* (Ulp. I, 12). Gaius a donc pu dire, sans erreur, que la loi Ælia Sentia s'est occupée des Latins. On objecte qu'une loi, qui favorise les affranchissements, ne peut être postérieure de quinze ans seulement à la loi Ælia Sentia qui leur est défavorable. Mais en régularisant la situation des esclaves libérés de fait, la loi Junia Norbana a consacré une pratique antérieure. L'œuvre qui lui est propre n'est rien moins que favorable aux affranchis dont elle a restreint la capacité.

(5) Lorsque le maître est mineur de 20 ans, l'autorisation du conseil reste obligatoire. Gaius, I, 41.

(6) Gaius, I, 16. Cf. Suet., *Aug.*, 40. Ulp., *D.*, I, 10, 16.

(7) *C. Th.* IX, 24, 1, 4 (an. 320).

(8) Cette loi a statué sur le sort des biens des esclaves libérés de fait et des déditices, après leur décès : Gaius, III, 74. Elle leur a fourni un moyen d'obtenir la cité romaine par l'*anniculi causæ probatio* : Gaius, I, 29; Ulp., VII, 4. C'est à tort qu'Ulpien (III, 2) attribue cette disposition à la loi Junia, à moins que cette loi n'ait renouvelé la règle introduite par la loi Ælia Sentia.

Latins coloniaires, d'où leur nom de Latins; ils furent aussi appelés Juniens parce qu'ils devaient le bienfait de la liberté à la loi Junia. La loi régla ensuite leur condition quant au droit privé : elle leur refuse le *conubium* (1) et leur concède le *commercium* et la *testamenti factio* (2) avec d'importantes restrictions. Le Latin Junien ne peut être tuteur testamentaire (3). Il ne saurait être question pour lui de succession : il n'a ni le droit de tester, ni le *jus capiendi* (4). A son décès, ses biens reviennent comme un pécule à son patron ou à ses héritiers testamentaires (5); il vit libre, il meurt esclave (6). Mais on lui facilite l'accès de la cité romaine (7).

b) La classe des affranchis *déditices* a été créée par la loi Ælia Sentia. Elle comprend ceux qui, avant leur affranchissement, ont été condamnés à des peines graves par leurs maîtres ou par les magistrats compétents (8). La situation qui leur est faite est la pire de toutes :

1° Ils n'ont aucune chance de devenir citoyens romains; 2° on les traite comme les pérégrins qui, en guerre avec Rome, ont dû se rendre à discrétion : d'où leur nom de déditices. On leur interdit de séjourner à Rome et dans un rayon de cent milles (9); 3° ils ne peuvent recueillir ni une hérédité, ni un legs, ni même un fidéicommis; 4° ils ne peuvent tester ni suivant la loi romaine puisqu'ils ne sont pas citoyens, ni suivant le droit pérégrin, car ils n'appartiennent à aucune cité. On applique aux biens qu'ils laissent à leur décès les règles établies soit pour les affranchis citoyens, soit pour les Latins Juniens, suivant que les déditices auraient appartenu à l'une ou à l'autre catégorie en l'absence du vice qui les a fait descendre dans la classe infé-

(1) Le mariage des Latins ne vaut que *jure gentium*. Mais la condition de leurs enfants fut régie par la loi Minicia jusqu'au Sc. d'Hadrien qui rétablit la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère. Gaius, I, 79, 80.

(2) Ulp., XIX, 4; XX, 8.

(3) Ulp., XI, 16. Il peut être tuteur datif : *Vat. fr.*, 193. S'il est impubère, il est sous la tutelle de celui qui avait sur lui la propriété quiritaire. Gaius, I, 167. Ulp., XI, 19. *Vat. fr.*, 221.

(4) Ulp., XX, 14, 15: XXII, 3.

(5) Gaius, III, 56. Le droit du patron est ici refusé aux héritiers siens exhérédés : c'est une différence avec la règle admise pour les affranchis citoyens. (Voir d'autres différences dans Gaius, III, 59-62.) Cette règle fut réformée en 42 par le Sc. Largien : il appelle en première ligne le patron, puis ses descendants les plus proches non exhérédés nominativement, enfin les autres héritiers. Gaius, III, 63-71. Le patron peut aussi léguer son droit. (Gaius, II, 195.) Cf. Buckland, *RH.*, 1923, p. 293.

(6) *C.*, VII, 6, 1 pr.; cf. Salv., *ad eccles.*, III, 7.

(7) Il peut l'obtenir soit par le bienfait du prince, sous réserve des droits du patron, soit par un affranchissement réitéré et régulièrement fait (Gaius, I, 35; III, 72, 73. Tac., *Ann.*, XIII, 27; Plin., *Ep.*, VII, 16), ou par la *causæ probatio* lorsqu'il prouve qu'il s'est marié conformément à la loi Ælia Sentia *liberorum quærendorum causa* et qu'il a un enfant d'un an. Cette faveur, d'abord réservée aux mineurs de 30 ans, fut étendue à tous les Latins juniens par le Sc. Pégasien, sous Vespasien. (Gaius, I, 29-32.) Des décisions postérieures ont multiplié les causes d'acquisition de la cité romaine par les Latins Juniens : on a voulu tantôt encourager ceux qui rendaient service à l'Etat comme armateurs, boulangers, vigiles, etc.; tantôt accorder une prime à la fécondité (Gaius, I, 32b-34; Ulp., III, 1-5 : femme qui a eu trois enfants; Sc. sur l'*erroris causæ probatio* Gaius, I, 67-71), ou récompenser celui qui dénonce un crime de rapt (p. 101,7).

(8) Gaius, I, 13; Ulp., I, 12; Paul, IV, 12, 5-8.

(9) En cas de contravention leurs biens sont confisqués; eux-mêmes sont vendus comme esclaves au profit du Trésor, sous la condition de ne jamais servir ni à Rome ni dans le rayon de cent milles, et de ne jamais être affranchis.

rieure (1); 5° la condition de déditice est héréditaire, par application de la loi Minicia (2).

Justinien a supprimé la distinction des trois classes d'affranchis : tout affranchissement valablement fait confère le droit de cité et la faculté de porter l'anneau d'or ; il n'y a plus ni Latins Juniens ni déditices. La *restitutio natalium* peut être accordée par le maître lors de l'affranchissement ou par acte de dernière volonté (3).

4. Le patronat. — Dans l'ancien droit, l'affranchi était tenu d'obéir à son patron à peu près comme un esclave. Le patron avait sur lui le pouvoir de vie et de mort (4), mais il était corrélativement tenu de le protéger et de pourvoir à ses besoins. Les devoirs du patron étaient sanctionnés par une peine religieuse établie par les lois royales et confirmée par les Douze Tables en cas de préjudice *(fraus)* subi par l'affranchi (5). Le pouvoir du patron a été de bonne heure limité : en certains cas les fils d'affranchis, et même les affranchis, ont été relevés de l'infériorité de leur condition (6).

Le droit classique a défini les droits du patron, déterminé les causes d'acquisition, de transmission et d'extinction du patronat. S'il n'a pas parlé des droits de l'affranchi, ce n'est pas qu'il méconnaisse sa personnalité ; mais les obligations imposées au patron, telles que l'obligation alimentaire à l'égard de l'affranchi dans le besoin (7), sont sanctionnées par la privation totale ou partielle des droits de patronat. Le droit nouveau s'est efforcé de contenir les droits du patron dans de justes limites : il lui défend d'exiger, comme condition de la liberté, des engagements excessifs (8); quant à ceux qui ont été régulièrement pris, il les tempère pour des raisons d'humanité (9).

a) Droits du patron. — Les droits du patron ont un caractère moral ou pécuniaire.

(1) Gaius, I, 14, 25-27; II, 285; III, 74-76; Ulp., XX, 14, 15; XXII, 2. Cf. p. 91.

(2) Gaius, I, 67, 68. L'enfant d'un affranchi déditice peut échapper à la condition de son père ou de sa mère lorsqu'il est en mesure d'invoquer le Sc. sur l'*erroris causæ probatio*.

(3) C., VII, 5, 1. La condition de déditice était depuis longtemps tombée en désuétude (*Inst.*, I, 5, 3), mais il y avait des Latins Juniens en 336 : *C. Th.*, IV, 6, 3.

(4) Cic., ad *Quint. fr.* I, 1; V. Max., VI, 1, 4; Suet., *Cæs.*, 48.

(5) Serv., *Æn.*, VI, 609.

(6) Suet., *Claud.*, 24; Liv., IX, 46; Diod., XX, 36; XLV, 15. Cf. Mommsen, VI, 2, 3.

(7) Parfois le patron pourvoit par son testament aux besoins de son affranchi : il lui lègue le droit d'habiter dans une de ses maisons (Ulp., *D.*, IX, 3, 5, 1), une rente viagère sous la forme d'une tessère frumentaire (Paul., *D.*, XXXI, 49, 1 ; 87 pr.), ou bien il charge son héritier d'acheter pour l'affranchi une tessère qui lui confère le droit de participer aux distributions mensuelles de blé (Ulp., *D.*, V, 1, 52, 1). L'expression *tribum emere* est équivalente à *tesseram frumentariam emere* (Scæv., *D.*, XXXII, 35 pr.). Les distributions de blé se faisaient par tribus. Chaque personne inscrite sur la liste des participants recevait un jeton *(tessera)* qui lui servait de titre et indiquait le quantième du mois et le numéro du bureau où elle recevrait sa ration. Ce jeton pouvait être vendu ou légué.

(8) Mod., *D.*, XXXVIII, 1, 32. Le but de ces promesses *onerandæ libertatis causa* est indiqué par Paul., *D.*, XLIV, 5, 2, 1. Cf. Ulp., *eod.*, 1, 5 : *Bellissime ita definiuntur, quæ ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono præcipiente.*

(9) Ulp., *D.*, XXXVIII, 1, 15 pr.; Pomp., *eod.*, 34.

1° Le patron a droit au respect et à la déférence (1), aux bons offices et à la gratitude de son affranchi (2). Les affranchis qui habitent avec leur patron sont plus étroitement tenus à l'accomplissement de leurs devoirs; ils doivent l'accompagner en exil, quitter la province pour le suivre à Rome s'il vient y fixer son domicile (3).

Comme sanction, le patron peut user de coercition envers son affranchi *(levis castigatio)* (4). S'il a gravement à se plaindre de lui, il doit s'adresser au préfet de la ville ou au gouverneur de la province, qui infligera une peine corporelle ou pécuniaire appropriée (5), et pourra même, en cas d'injure grave, priver l'affranchi de la liberté, en l'attribuant à son patron comme esclave, ou le faire vendre au profit de son patron (6). Si le patron est victime d'un crime ou d'un délit, la qualité d'affranchi chez l'auteur du fait incriminé est une circonstance aggravante (7). Au Bas-Empire, Constantin a maintenu le droit du patron de faire révoquer l'affranchissement pour cause d'ingratitude; Honorius l'a accordé aux héritiers du patron (8); Valentinien III a permis de l'invoquer contre les enfants de l'affranchi (9).

2° La loi des Douze Tables appelle le patron à la succession *ab* intestat de son affranchi mort sans héritier sien (10). L'édit du Préteur a étendu le droit du patron : en l'absence d'enfants issus du mariage de l'affranchi, il lui donne droit à la moitié des biens, qu'il y ait ou non un testament. La loi Papia Poppæa a accordé au patron de nouveaux droits sous des conditions destinées à favoriser la procréation des enfants (11).

(1) L'affranchi est à cet égard dans une situation analogue à celle d'un fils. Jul., *D.*, XXXVII, 15, 2; Ulp., *eod.*, 9. Cf. Lemonnier, *Etude historique sur la condition privée des affranchis*, 1887, p. 104.

(2) Conséquences : *a*) L'édit du Préteur défend à l'affranchi de citer en justice son patron, ses parents ou ses enfants, sans l'autorisation du magistrat. Toute contravention est sanctionnée par une action *in factum* tendant à une peine de 10 000 sesterces (Gaius, IV, 46. Serv. ap. Ulp., II, 4, 4, 3). *b*) Il est défendu à l'affranchi d'exercer contre son patron une action infamante ou de lui reprocher en justice certains faits de nature à porter atteinte à sa réputation (dol, violence, fraude, chicane). Jul., *D.*, XXXVII, 15, 2 pr. Voir cep. Ped., ap. Ulp., 10, 12; Alex., *C*, VI, 6, 1. *c*) L'affranchi ne peut faire condamner son patron que dans la mesure de ses facultés (Jul., *eod.*, 2, 1; Ulp., *D.*, XXXVII, 15, 5 et 7; Pap., *D.*, XLVIII, 5, 38, 9; Macer., *D.*, XLVIII, 2, 8 *in fine;* 11, 1). *d*) L'affranchi surpris en flagrant délit d'adultère avec la femme de son patron peut être tué par lui impunément. Paul, *Collat.*, IV, 3, 3 et 4. Il en est de même si l'adultère est commis par l'affranchi de sa femme ou de son père, de son fils ou de sa fille. Peu importe que l'affranchi soit citoyen, Latin ou déditice. *e*) L'affranchi, appelé à la tutelle des descendants de son patron ou des enfants de sa patronne, ne peut décliner cette mission de confiance. (Pap., *Vat. fr.*, 224; Paul, *D.*, XXXVII, 14, 19.)

(3) Dio, LVI, 27; Paul, *D.*, XLVIII, 23, 13.

(4) Ulp., *D.*, XLVII, 10, 7, 2; 11, 7.

(5) Ulp., *D.*, I, 12, 1, 10; Mod., *D.*, II, 4, 25 : *Quasi inofficiosus castigatur.*

(6) Mod., *D.*, XXV, 3, 6, 1. La loi Ælia Sentia avait édicté contre l'affranchi ingrat certaines dispositions dont les détails ne sont pas connus. Paul, *D.*, L, 16, 70 pr.; Hadr., *Sent.*, 3 (éd. Böcking). Cf. Voigt, *Ueber die Clientel und Libertinität,* p. 205, n. 177.

(7) Callistr., *D.*, XLVIII, 19, 28, 8.

(8) *C. Th.*, IV, 10, 1. *Inst.*, I, 16, 1; cf. Ambros., *de vita beata,* 3. Constantin avait d'abord décidé que l'affranchi ingrat deviendrait Latin Junien. *C. Th.*, II, 22, 1.

(9) *C.*, VI, 7, 3; 4.

(10) Il a corrélativement la tutelle ou la curatelle de l'affranchi. *D.*, XXV, 3, 5.

(11) Gaius, III, 40-42, 44. Voir, au livre V, les règles sur la *querela patroni adversus libertum.*

3° Le maître d'un esclave peut se faire promettre, comme condition de l'affranchissement (1), des dons, présents, ou services. Les services (2) ont une valeur pécuniaire (3). Le patron peut en tirer profit directement, il peut aussi en disposer temporairement en les louant à un tiers, ou définitivement en les déléguant à son créancier à titre de payement (4). Ces services se transmettent à cause de mort avec les droits du patronat, sauf les restrictions apportées par les lois Ælia Sentia et Papia Poppæa (5). Le droit du patron est sanctionné par un interdit exhibitoire (6). — Justinien distingue parmi les services les *operæ fabriles* et *officiales;* ceux-ci rentrent dans la catégorie des bons offices et ne sont pas susceptibles d'une évaluation en argent : ils sont strictement personnels, intransmissibles (7).

b) Acquisition du patronat. — Les droits de patronat s'acquièrent soit par l'affranchissement (8), soit par succession, exceptionnellement par un décret du magistrat. Dans le premier cas, ils s'exercent même sur l'affranchi d'un affranchi, mais ils sont moins étendus; ils se réduisent à peu près à l'exclusion du témoignage en matière criminelle et à la *b. p. unde patronus patroni* (9). Dans le second cas, les droits du patron forment une succession distincte de son hérédité; ils ne passent jamais aux héritiers externes : ils sont réservés aux fils du patron, qui ne peut les en dépouiller en les exhérédant; à défaut d'héritiers siens, les droits du patron passent aux agnats ou aux gentils. La loi Papia Poppæa assimile aux *sui* le fils de la patronne, pourvu qu'il ait un enfant. Sous le règne de Claude, un Sc. permit au patron, qui a deux ou plusieurs enfants, d'attribuer son droit à l'un à l'exclusion des autres *(assignatio liberti)* (10).

c) Extinction et déchéance du patronat. — Le patronat s'éteint : 1° à la mort de l'affranchi. C'est une conséquence de la règle nouvelle qui traite les fils d'affranchis comme des ingénus. Mais tout lien n'est pas

(1) *Lex Salpens.*, c. 23 : *Quæ libertatis causa imposita sunt.* JUL., ap. ULP., *D.*, XXXVIII, 2, 37 pr.

(2) Loi Julia : PAUL, *h. t.*, [*D.*, XXXVIII, 1], 37 pr.; VAL., 47; ULP., 6. Services d'un médecin : *h. t.*, 26 pr.; 25, 2; d'un peintre : 23 pr.; d'un mime : 25, 1; 27; d'un copiste : 49; d'un artisan : 38, 1; 50 pr.; 16 pr.

(3) PAUL, *eod.*, 1. L'affranchi promet ordinairement un certain nombre de journées de travail. (Cf. JUL., *eod.*, 23, 1; PAP., ap. ULP., 15, 1) : il les fait au fur et à mesure des demandes, *post indictionem* : ULP., 15 pr.; *cum poposcero* : GAIUS, 22 pr.) Il doit se nourrir à ses frais (PAUL, 18), mais on doit lui laisser le temps nécessaire pour gagner sa vie. (GAIUS, 19; PAUL, 20 pr. Voir cep. JAV., 33).

(4) JUL., *eod.*, 25, 1-4; ap. ULP., *D.*, XLIV, 5, 1, 10; XII, 6, 26, 12; PAUL, *h. t.*, 37, 4. Sur les diverses questions auxquelles donne lieu cette délégation, cf. Ed. CUQ, *Rev. de philologie*, VIII, 163.

(5) PAUL, *D*, L, 16, 70 pr.; POMP., *h. t.*, 4; GAIUS, 22; ULP., 7, 7.

(6) GAIUS, IV, 162.

(7) ULP., *h. t.*, 6; 9, 1. En droit classique, d'après Mitteis (*Sav. Z.*, XXIII, 143), tous les services d'un affranchi sont rendus *ex officio*; on les oppose aux services rendus par un ouvrier indépendant.

(8) Par exception le patronat n'est pas acquis à celui qui impose à son affranchi la condition de ne pas se marier; à l'héritier qui, grevé d'un fidéicommis de liberté, néglige de l'exécuter. PAUL, *D.*, XXXVII, 14, 15. Sc. Rubrien (p. 96,6).

(9) *C. I. L.*, II, 4514; V, 3005; XIV, 581. ULP., *Collat.*, IX, 2, 2; XVI, 9, 1. Le droit à des aliments est dénié par Marcellus (ap. ULP., *D.*, XXV, 3, 5, 22).

(10) Ce droit ne peut être exercé que par celui qui a fait l'affranchissement : MOD., *D.*, XXXVIII, 4, 8. Le Sc. est du consulat de Suillius Rufus et d'Ostorius Scapula, entre 41 et 47.

rompu entre le patron et les enfants de son affranchi : ils doivent le respect au patron de leur père; ils ne peuvent le citer en justice sans l'autorisation du magistrat; le patron a droit à leur succession, s'ils meurent ab intestat et sans parents (1) ; 2° par la *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi. Ici encore le droit au respect subsiste (2) et d'après l'Édit, le droit de succession (3); 3° au début de l'Empire, par la concession du droit de porter l'anneau d'or.

Les causes de déchéance sont peu nombreuses : elles entraînent la perte totale ou partielle des *jura patronatus*. La loi et la jurisprudence se sont inspirées de considérations de plusieurs sortes : elles protègent l'esclave avant et après l'affranchissement contre la mauvaise foi du patron, elles punissent les patrons indignes (4), récompensent les affranchis qui ont des enfants (5). Elles protègent surtout les femmes : elles dispensent des *operæ* l'affranchie âgée de 50 ans, celle qui est parvenue à une position élevée (6), ou qui s'est mariée avec le consentement de son patron. Dans ce dernier cas, la dispense est temporaire et cesse si le patronat appartient à une femme : on a voulu éviter durant le mariage un conflit entre le mari et le patron (7).

5. Procès relatifs a la libertinité. — Ces procès se présentent sous deux formes : tantôt c'est un affranchi (8) qui revendique la qualité d'ingénu pour se soustraire aux droits de patronat (9); tantôt c'est un patron qui prétend qu'un ingénu est son affranchi. Dans l'un et l'autre cas, on a recours à un *præjudicium* établi par l'Édit, et dont le jugement est confié à des récupérateurs (10). Sous Dioclétien, ces procès donnent lieu à une *cognitio extra ordinem*. Le fardeau de la preuve incombe à celui qui conteste l'état de fait existant au moment du procès (11). Le jugement rendu n'est pas opposable aux tiers, tant que celui qui a fait reconnaître son ingénuité est vivant (12); mais après sa mort, on ne peut plus remettre en question l'état du défunt (13). Dans tous les cas, le jugement déclarant l'ingénuité n'a d'effet que s'il a été rendu contre un *justus contradictor*, c'est-à-dire contre une

(1) Gaius, III, 51, 83; Tac., *Hist.*, II, 92; Ulp., *D.*, XXVI, 4, 2; 5, 5; *D.*, II, 4, 10, 2.
(2) Theod., Val., *C. Th.*, IV, 10, 3. Gord., *C.*, II, 2, 2; Just., *C.*, VI, 4, 4, 23.
(3) Cf. Lenel, II, 84.
(4) Marc., *D.*, XXXVII. 14, 3. Paul, *D.*, L, 16, 53 pr.; Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 37 pr.; 6. Mod., *D.*, XXXVII, 14, 9, 1.
(5) Paul, *D.*, XXXVIII, 1, 37 pr. Exception est faite pour l'affranchi qui exerce certaines professions.
(6) Paul, *eod.*, 35; 17; Callistr., 38 pr. Pomp., 34. Alex., *C.*, VI, 3, 8.
(7) Ter., Clem., *eod.*, 14. Herm., 48 pr., 1.
(8) Le procès peut être intenté par un tiers dans l'intérêt de l'affranchi : Ulp., *D.*, XL, 12, 3, 3. Suivant une règle qui remonte à Titus, celui qui, en fait, a été affranchi ne peut réclamer son ingénuité que dans le délai de cinq ans à dater de l'affranchissement. Cependant, il aurait encore un recours auprès de l'empereur s'il affirmait n'avoir trouvé qu'après ce délai la preuve de son ingénuité. Suet., *Tib.*, 8; Scæv., XL, 4, 29. Saturn., *D.*, XL, 14, 2, 3.
(9) Tacite (*Ann.*, III, 27), Neratius (ap. Ulp., *D*, XII, 4, 3, 5) font allusion à un procès du temps de Néron.
(10) Gaius, IV, 44; Ulp., *D.*, XL, 14, 6; *Inst.*, IV, 6. 13. Suet., *Vesp.*, 3. Cf. Lenel, II, 65.
(11) Diocl., *C.*, III, 3, 2. Ulp., *D.*, XXII, 3, 14; 18 pr.
(12) Marcel., *eod.*, 1; Marc., *D.*, XL, 15, 1, 3.
(13) Callist., *eod.*, 4; Marc., *eod.*, 1, 2-3; Alex., Gord., *C.*, VII, 21, 4; 5.

personne se disant le patron de l'ingénu (1); il faut aussi, d'après un Sc. du règne de Domitien, qu'il n'y ait pas eu collusion entre le patron et son affranchi (2).

C. — *La famille.*

Le troisième élément de l'état des personnes est la famille (3). Dans la famille, le chef (*paterfamilias*) a seul la capacité juridique; on dit qu'il est *sui juris*. Les membres de la famille, femme, enfants, esclaves, sont en principe *alieni juris*. Soumis au pouvoir du chef, ils sont incapables (4). Cette règle a été modifiée, à l'époque classique, pour les esclaves (p. 81); elle l'a été également pour les fils de famille : on leur a attribué, dans une large mesure, la capacité juridique (p. 140).

II. Modifications de la capacité juridique.

§ 1er. Incapacité de fait. — 1. Age. — Certaines personnes capables en droit sont incapables en fait : tel est le cas des impubères et, au Bas-Empire, des pubères mineurs de 25 ans. L'âge est aussi pris en considération pour la capacité de faire certains actes (testament, adrogation), de recueillir une succession testamentaire d'après les lois caducaires (5).

Pour constater l'âge des personnes, Marc-Aurèle, consacrant un usage antérieur (6), prescrit à tout citoyen de déclarer, dans les trente jours, le nom et la date de la naissance de ses enfants. La déclaration est reçue à Rome par le préfet du Trésor, dans les provinces par un greffier public *(tabularius)*. Copie en est délivrée au déclarant (7).

2. Sexe. — Les femmes *sui juris* sont en tutelle perpétuelle. Les femmes *sui* ou *alieni juris* sont incapables d'être tutrices, d'ester en justice ou d'intercéder pour autrui. Elles ne peuvent être instituées héritières par un citoyen inscrit au cens pour une fortune d'au moins cent mille as. Les agnates qui ne sont pas consanguines n'ont pas droit à la succession ab intestat. D'autre part, les femmes sont excusables si elles commettent une erreur de droit; depuis Hadrien, elles peuvent tester dès l'âge de 12 ans. Ces incapacités ont disparu ou ont été atténuées sous Justinien (8).

(1) Alex., *C.*, VII, 14, 1; Callist., *D.*, XL, 16, 3.
(2) Gaius, *eod.*, 1; Herm., *eod.*, 5; Ulp., *eod.*, 2.
(3) Gaius, I, 159-162. Paul, *D.*, IV, 5, 1.
(4) Gaius, I, 48.
(5) Cf. Ed. Cuq, v° *Minor* (*Dict. Antiq.*, III, 1930).
(6) Capitol., 9. Cet usage existait en Afrique sous Trajan (Apul., *de mag.*, 89); en Égypte, sous Antonin le Pieux : un diptyque en bois du musée du Caire prouve qu'il y avait à Alexandrie un album des naissances (Girard, *Textes*, 911; Wilcken et Mitteis, *Chrest.*, I, 212; II, 379). Auparavant, on avait recours à la preuve par témoins; la naissance des enfants donnait lieu à des cérémonies qui en fixaient le souvenir. La preuve par témoins ou par titre *(professio censualis)* fut également admise après Marc-Aurèle à défaut de déclaration régulière, mais le magistrat appréciait la valeur des témoignages, qui n'étaient pas toujours concordants ni sincères. Prob., *C.*, V, 4, 9; Vall., Gall., *C.*, VI, 23, 5; Diocl., *C.*, IV, 19, 14. Cf. Ed. Cuq, v° *Professio* (*Dict. Antiq.*, IV, 675).
(7) Cf. C. civ., 34 à 46; 55 à 57.
(8) En Chaldée, à l'époque de Hammourabi, la femme de condition libre avait une large capacité juridique : elle pouvait ester en justice, contracter, figurer comme

3. Folie et prodigalité. — Les prodigues sont frappés d'incapacité : ils sont interdits. Les fous conservent leur capacité juridique, mais en fait ils ne peuvent en user que pendant les intervalles lucides. Les uns et les autres reçoivent un curateur pour administrer leurs biens.

§ 2. **Condition sociale.** — Les Romains n'ont pas admis, d'une manière absolue, le principe de l'égalité des citoyens devant la loi civile (1). La condition sociale exerce souvent une influence sur la capacité juridique. Les trois principaux cas sont ceux de l'affranchi, du colon, du soldat. L'affranchi et le colon ont une capacité restreinte; le soldat jouit de nombreux privilèges, même lorsqu'il est fils de famille : en matière de testament, de pécule, de frais de justice. Il peut invoquer l'erreur de droit; il n'est pas soumis au Sc. Macédonien, ni obligé de payer les dettes héréditaires *ultra vires*. A l'inverse, il fut pendant un certain temps défendu aux soldats de se marier; il leur est interdit de former des associations. Ils sont incapables d'être procurateurs judiciaires; ils sont frappés d'une incapacité partielle d'intercéder pour autrui (p. 900, 542, 742, 163, 638, 873).

§ 3. **Religion.** — Au Bas-Empire, lorsque le christianisme est devenu la religion de l'État, certains empereurs ont manifesté leur hostilité aux païens, aux hérétiques, aux apostats (2) : ils leur ont retiré le droit de tester et de succéder à cause de mort (3). La capacité des Juifs a été restreinte quant au mariage avec les chrétiens (4).

§ 4. **Intestabilité, ignominie, infamie.** — La capacité juridique d'un citoyen peut être restreinte à titre de peine.

témoin dans un acte juridique. Il n'y a pas trace de la tutelle perpétuelle. Cf. Éd. Cuq, *Un jugement sous Ammiditana* (Revue d'assyriologie, VII, 129).

(1) L'égalité n'existe pas davantage en matière de droit public ou criminel. La possession d'une certaine fortune est requise pour avoir accès à l'ordre sénatorial, à l'ordre équestre, au décurionat. Pour l'application des lois criminelles, on distingue depuis Auguste, les *honestiores* et les *humiliores*. Les *honestiores* sont les sénateurs, les chevaliers, les décurions; on y joint les vétérans et leurs fils et, à quelques égards, les soldats (Mod., *D.*, XLIX, 18, 3; 16, 3, 1) Toutes autres personnes, quelle que soit leur fortune, sont les *humiliores*, les *plebeii* (Ulp., *D.*, XLVII, 11, 6 pr.). L'*honestior* jouit de certains privilèges : l'action infamante de dol ne se donne pas contre lui (Lab., ap. Ulp., *D.*, IV, 3, 11, 1); il ne peut être soumis à la torture (*C.*, IX, 41, 11), sauf pour lèse-majesté (Paul, V, 29, 2), magie (*C.*, IX, 18, 7), faux (*C.*, IX, 22, 21); il ne peut être mis en croix (Mod., *D.*, XLIV, 16, 3, 10), condamné aux bêtes, aux travaux publics (*D.*, XLIX, 18, 3), aux mines, à la fustigation (*D.*, XLVIII, 19, 19, 9, 11-12; 28, 2) Cette distinction, qui procède d'une pensée aristocratique, eut pour effet d'adoucir la rigueur des peines pour une partie des habitants de l'empire.

(2) Les effets de l'intolérance en matière religieuse ont été atténués par un fait signalé par G. Boissier (*La fin du paganisme*, 1891, 1, 407) : les princes chrétiens, les plus zélés par leur foi, n'hésitaient pas à élever des païens aux premières dignités de l'Empire, quand ils étaient contents de leurs services. Ces fonctionnaires devaient mettre peu d'empressement à appliquer les édits contre le paganisme. Vers la fin du v[e] siècle, sous le règne de Zénon, le préfet d'Egypte était un adepte caché des païens; son assesseur s'adonnait ouvertement au culte des démons païens (Zachar. Scholast., *Vita Severi*, Patr. Or., II, 25). Cf. J. Maspero, *Bull. Inst. d'arch. or.* du Caire, XI, 184.

(3) Valent., *C.*, I, 7, 3; *C. Th.*, XVI, 10, 21. Honorius refuse aux Manichéens et aux Donatistes le droit de vendre ou de donner, sans doute pour les empêcher d'éluder la déchéance du droit de tester (*C.*, I, 5, 4, 2-3; cf. I, 11, 9; *Nov. Just.*, 115, c. 3, 14; 118, c. 6). Cf. Martroye, *La répression du Donatisme*, 1914, p. 75.

(4) Valent., *C.*, I, 9, 6. La capacité des Juifs est également restreinte, quant aux fonctions publiques (Honor., *C. Th.*, XVI, 8, 24), mais ils peuvent être décurions (*ibid.*, 3).

1° Le parjure, le témoin d'un acte solennel qui refuse de témoigner en justice, sont déclarés *intestabiles* (1). L'*intestabilis* est déchu du droit de figurer comme témoin dans un acte solennel; on lui refuse aussi la faculté de convoquer des témoins à un acte qui l'intéresse (2) (mancipation, testament).

2° L'ignominie résulte d'un blâme du censeur ou de la loi. Le blâme infligé par le censeur au citoyen qui a commis un acte malhonnête entraîne une flétrissure qui produit certaines conséquences au point de vue des droits politiques et de l'impôt (3). Le blâme donnait lieu à une note spéciale inscrite à la suite du nom de l'intéressé sur les registres du cens; il conservait son effet pendant un lustre et pouvait être renouvelé par les censeurs subséquents. L'ignominie, prononcée par mesure individuelle, a disparu avec la censure sous Domitien.

L'ignominie est infligée par la loi aux personnes qui ont encouru certaines condamnations, qui exercent une profession réputée déshonorante ou qui appartiennent aux classes inférieures de la société (4). Les déchéances qui résultent de cette ignominie sont l'exclusion du sénat, du décurionat, des listes de juges, l'inéligibilité aux magistratures, le refus du droit de se porter accusateur ou de tuer le complice de l'adultère s'il est pris en flagrant délit, l'empêchement à mariage avec certaines personnes (5)

3° L'édit du Préteur frappe certaines catégories de personnes d'une incapacité plus restreinte : il leur refuse le droit de plaider pour autrui *(postulare pro alio)*, si ce n'est pour un parent, un allié, un patron, et le droit de constituer un représentant judiciaire *(procurator, cognitor)* ou d'en remplir les fonctions (6). L'opinion publique tient ces personnes pour infâmes, mais comme l'Édit ne leur a pas donné cette qualification, elles échappent aux déchéances attachées par la loi à l'ignominie (7). Cette distinction a disparu au Bas-Empire : on considère comme infâmes les personnes visées dans la loi ou dans l'Édit (8).

Les déchéances résultant de l'infamie ont été modifiées : Dioclétien a supprimé l'exclusion du décurionat, qui eût été un bienfait à une époque où l'on s'efforçait d'en éviter la charge; on l'a remplacée, en

(1) Gell., VI, 18; XV, 13. Cic., *de leg.*, II, 9, 4. Il en est de même du porte-balance qui refuse son témoignage. La peine de l'intestabilité paraît avoir été étendue par la loi Cornelia aux auteurs de libelles diffamatoires. Ulp., *D.*, XLVII, 10, 5, 9. L'*intestabilis* est aussi *improbus* parce qu'il agit contrairement à l'usage des honnêtes gens; il est mis au ban de la société. Liv., XXVII, 34.
(2) Gaius, *D.*, XXVIII, 1, 26; Ulp., *eod.*, 18, 1; *Inst.* II, 10, 6.
(3) Perte du droit de vote (Fest., v° *Præteriti*; Liv., XXIX, 37); transfert d'une tribu rurale dans une tribu urbaine. Obligation de payer l'impôt au gré du magistrat, sans égard à la fortune du contribuable (Liv., XXXIX, 42; Cic., *p. Cluent.*, 45).
(4) Loi Cassia de 650 (Asc., in Cic., *p. Corn.*); loi Calpurnia *de ambitu* de 687 (Schol. Bob. in Cic., p. Sylla, p. 361); loi Julia *repetundarum* de 697 et loi Julia *de vi* (*D.*, XLVIII, 11, 6, 1; 7, 1 pr.); table d'Héraclée (*C. I. L.*, I, 206, l. 108); lois Julia *de marit. ord.*, *de adulteriis* (Ulp., XIII, 2; *D.*, XLVIII, 2, 4; III, 2, 11, 3).
(5) Ulp., *Collat.*, IX, 2, 2; Callistr., *D.*, XXII, 5, 3, 5. Cf. p. 163, 1.
(6) L'édit *de postulando* est de la fin du VII° siècle. Il fut provoqué par la conduite inconvenante d'une femme qui plaidait pour autrui (Ulp., *D.*, III, 1, 1, 5). Cette femme, Confrania, mourut en 606 (V. Max., VIII, 3, 2).
(7) Jul., *D.*, XXXVII, 15, 2 pr.; Gaius, IV, 182.
(8) Trompés par cette confusion, les compilateurs du Digeste ont attribué à l'Édit la détermination des personnes notées d'infamie.

certains cas, par une peine rigoureuse, la déportation ou l'exil (1).

4° En dehors de l'infamie de droit, il y a l'infamie de fait : elle atteint les personnes perdues de réputation *(turpes personæ)* (2). Elle n'entraîne aucune incapacité proprement dite, mais on en tient compte dans certains cas : on ne doit ni accueillir en justice le témoignage de ces personnes, ni leur confier une tutelle ; le testament qui les institue héritières de préférence aux frères et sœurs est inofficieux (3) ; la fille, à qui son père propose de se fiancer avec un homme de mauvaise réputation, a le droit de refuser (4).

III. Extinction de la capacité juridique.

La capacité juridique s'éteint par la mort naturelle, par la *capitis deminutio*, et dans une certaine mesure par la captivité.

§ 1er. **Mort.** — Le décès d'un citoyen présente un intérêt particulier en matière de succession. Depuis la loi Julia qui a établi un impôt du vingtième sur les successions testamentaires des citoyens romains, les tablettes du testament doivent être présentées au percepteur de l'impôt dans un délai très bref : de 3 à 5 jours après le décès. Pour assurer l'observation de la loi, la déclaration de succession doit être accompagnée d'une déclaration du décès, confirmée par témoins (5).

Lorsque deux personnes, appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la plus jeune est présumée avoir survécu, à moins qu'elle ne fût impubère. S'il s'agit du mari et de la femme, la présomption de survie est en faveur du mari (6).

§ 2. ***Capitis deminutio.*** — L'expression *capitis deminutio* désigne la modification que subit l'état civil d'un citoyen lorsqu'il perd le droit de cité ou la liberté, ou lorsqu'il change de famille. A l'époque antique, l'emploi de cette expression se rattache à l'institution du cens. Sur les registres des censeurs, l'inscription des citoyens se faisait par tête : chaque citoyen avait un *caput* (7). Toute modification apportée à l'inscription du citoyen sur les registres entraînait la radiation de son nom

(1) Diocl., *C.*, X, 59, 1 ; Theod., *C. Th.*, XII, 1, 92.
(2) Ulp., *D.*, III, 1, 1, 5.
(3) Callistr., *D.*, XXII, 5, 3, 5 ; Ulp., *D.*, XXVI, 2, 17, 1.
(4) Ulp., *D.*, XXIII, 1, 12, 1.
(5) *P. Oxy.*, VIII, 1114 en offre un exemple de l'an 237. La déclaration *(testatio)* est faite par le mari de la défunte ; elle contient ses prénom, nom, profession et domicile, les prénom, nom, filiation de la femme décédée, les jours et heure du décès ; elle est souscrite par deux témoins et par le déclarant. Voici la traduction latine du passage essentiel : *M. Aurelius Saras... testatus est eos qui hoc testimonium signaturi sunt, proximo die hora tertia misere... uxorem suam. . mortuam esse* (Girard, *Textes*, 811). Cf. C. civ., 78, 79.
(6) Tryph., *D.*, XXXIV, 5, 10, § 1, 3, 4 ; Marc, Jav., Gaius, 17 ; 22 ; 23. Pap. *D.*, XXIII, 4, 26 pr., XXXVII, 11, 11 pr. Cf. sur les *commorientes*, C. civ., 720 à 722.
(7) Cette acception du mot *caput* résulte de diverses locutions employées par les auteurs latins : le *capite census* est le citoyen qui, n'ayant aucune fortune, n'est inscrit que par mesure d'ordre ; le *judicium capitis* est le procès qui a pour résultat de faire rayer un citoyen des registres du cens ; l'*æs pro capite* est la somme payée par un esclave pour obtenir son affranchissement par le cens (Plaut., *Pseud.*, 225 ; *Pers.*, 36 ; *Pœn.*, prol., 24) ; le recensement de la population faisait connaître les *capita civium* (Liv., XIII, 3).

à l'endroit où il était écrit ; son *caput* était supprimé : c'était une *capitis deminutio*. En cas de perte de la liberté ou de la cité, le nom du citoyen était simplement rayé ; en cas de changement de famille, il était rayé, puis reporté à un autre endroit, à côté de celui du chef de la famille s'il y avait eu adoption, adrogation, acquisition de la *manus* (1).

L'inscription au cens a, de bonne heure, cessé d'être rigoureusement exigée ; elle n'est plus pratiquée depuis Domitien. Dès lors, l'état des personnes est devenu indépendant de l'inscription au cens. On le désigne par le mot *status* (2) ; celui de *caput* n'a été conservé que dans l'expression *capitis deminutio*.

1. Applications. — L'état d'un citoyen comprend trois éléments : liberté, cité, famille. La perte d'un de ces éléments entraîne une *c. d*. La *c. d.* est *maxima* lorsqu'un citoyen perd la liberté ; *media* lorsqu'il perd le droit de cité tout en conservant la liberté (3) ; *minima*, lorsqu'une personne *sui juris* devient *alieni juris* (adrogation, *manus*) ; lorsqu'un fils de famille passe effectivement ou pour la forme sous le *mancipium* d'un tiers ; lorsqu'une personne soumise à la puissance paternelle passe sous la puissance d'un tiers (enfants de l'adrogé, *manus*). La *c. d.* n'est plus, en droit classique, qu'une survivance d'une époque où la qualité de citoyen, appartenant à une famille déterminée, avait une importance capitale pour la capacité juridique, l'hérédité et la tutelle.

2. Effets. — La *c. d.* entraîne une espèce de mort civile ; elle en produit les effets. Ces effets sont identiques, quelle que soit la cause de la *c. d.* : 1° la *c. d.* brise les liens d'agnation et de gentilité ; elle fait perdre tous les droits fondés sur la qualité d'agnat ou de *gentilis* ; 2° la *capitis deminutio* éteint les droits de patronat, l'usufruit, la promesse de services d'un affranchi, le droit résultant d'un *judicium legitimum* (4) ; 3° les dettes contractées avant la *c. d.* s'éteignent, à l'exception de celles qui résultent d'un délit (5).

Plusieurs de ces effets répugnaient aux idées qui avaient cours à la fin de la République et sous l'Empire : le Préteur et la jurisprudence les ont atténués ou écartés. L'Edit prétorien ne permet pas à celui qui a subi une *c. d. minima* de l'invoquer pour se dispenser de payer ses dettes : il autorise les créanciers à le poursuivre en justice, comme si le débiteur n'avait pas subi de *c. d.* La jurisprudence a étendu cette

(1) Si l'enfant a été mancipé par son père, son nom n'est pas rayé bien qu'il y ait *c. d.*, parce qu'il n'est pas libéré de la puissance paternelle, mais on y joint l'indication de la personne chez laquelle il est en service. Le jour où il est affranchi, la mention *Publii servus* est rayée, et l'enfant recouvre tous ses droits.

(2) Gaius, I, 159-163.

(3) Certains textes ne distinguent que deux sortes de *c. d.* : l'une *major*, l'autre *minor*, et laissent de côté celle qui résulte de la perte de la liberté. Ulp., *D.*, XXXVIII, 16, 1, 4. Tel fut sans doute l'état primitif du droit : dans l'ancienne Rome, celui qui avait perdu le droit de cité n'avait pas plus de droit qu'un esclave ; dès lors il n'y avait aucun intérêt à distinguer la perte de la cité de la perte de la liberté. Lorsque plus tard le droit cessa d'être exclusivement national, la perte de la cité n'entraîna plus nécessairement celle de la liberté. L'origine de la *c. d.* est d'ailleurs discutée : voir en sens divers H. Krüger, *Gesch. der capitis deminutio*, 1887 ; Desserteaux, *Études sur les effets de l'adrogation*, 1893 ; *Études sur la formation historique de la c. d.*, 3 vol., 1909-1928.

(4) Gaius, I, 158 ; III, 51 ; 83.

(5) Gaius, IV, 77 ; 78.

règle au cas de *c. d. maxima* ou *media* : elle donne une action utile contre ceux qui ont recueilli les biens du *capite minutus* (1). Elle a aussi soustrait un certain nombre de droits aux effets de la *c. d. minima* en les présentant comme attachés à la personne physique : legs d'habitation, services d'un esclave, legs de rente viagère (2), créances résultant du contrat de société lorsqu'un associé fils de famille est émancipé (3). Sont également indépendants de la *c. d.*, outre la tutelle dative qui est une charge publique, les tutelles testamentaire et fiduciaire (4), puis l'obligation alimentaire, le droit à la restitution de la dot (5), et surtout les droits de succession créés par l'Edit ou par les lois nouvelles et qui reposent sur la parenté naturelle. La *c. d.* n'a aucun effet sur la cognation (6).

Sous Justinien, les effets de la *c. d. minima* sont réduits presque à néant. Elle n'entraîne ni l'extinction des servitudes personnelles, ni la dissolution du contrat de société ou de mandat. Il n'en est plus question pour les *judicia legitima* qui ont disparu, ni pour l'agnation qui a été supprimée par la Novelle 118.

§ 3. Captivité et *postliminium*. — D'après le droit des gens, le prisonnier de guerre devient esclave (7) ; mais comme il a l'espoir de redevenir citoyen s'il parvient à rentrer sur le sol de la patrie (*postliminium*), il aurait été excessif de le traiter comme un esclave (8).

Deux cas ont été exceptés : lorsqu'il y aurait eu des inconvénients à laisser en suspens l'état du captif (mariage, tutelle) (9), lorsque l'exercice ou l'acquisition d'un droit dépend d'un état de fait incompatible avec la captivité. Le captif ne peut faire ni un testament ni un codicille (10) ; il ne peut ni posséder ni usucaper (11). Pour la puissance

(1) Gaius, IV, 38; Ulp., *D.*, IV, 5, 2 pr., 1; Jul., ap. Paul., *eod.*, 7, 2. Cf. Desserteaux, *N. R. H.*, 1912, XXXVI, 423.

(2) Mod., *eod.*, 10; Ulp., *D.*, VII, 7, 2; 8, 10 pr. Pour l'usufruit, il était d'usage de le léguer *in singulos annos, menses* ou *dies*. pour éviter l'effet de la *c. d.* (Gaius, *D.*, XXXIII, 1, 8; Ulp., *D.*, VII, 4, 3 pr., 1; *Vat. fr.*, 64). Pour diminuer les chances d'extinction du legs d'usufruit, Julien fit admettre, contrairement à Labéon, que son *dies cedens* ne serait pas antérieur à l'adition de l'hérédité. *Vat. fr.*, 60.

(3) Cette atténuation à la règle rapportée par Gaius (III, 153) a été proposée par Julien (ap. Ulp., *D.*, XVII, 2, 58, 2). La généralisation faite dans *D.*, XVIII, 2, 63, 10; 65, 11, est vraisemblablement le résultat d'une interpolation, car sous Justinien la *c. d. minima* ne produit plus ses anciens effets. Il en est de même de l'exclusion des effets de cette *c. d.* pour le mandat dans *D.*, XXVIII, 5, 46 : l'expression *non absurde dici possit*, la concession d'une action utile, révèlent l'interpolation.

(4) Ulp., XI, 17; Fr. Sinaï, 17; Paul., *D.*, IV, 5, 7 pr.

(5) Gaius, *D.*, IV, 5, 8; Ulp., *D.*, XXV, 3, 5, 1 : XLVIII, 20, 5, 1 *(c. d. media)*.

(6) Gaius, I, 158; III, 25-26; Ulp., *Reg.*, 28, 8; 12; *D.*, XXXVIII, 17, 1, 8; Pomp., *D.*, XXXVIII, 16, 11.

(7) Pomp., *h. t.*, [*D.*, XLIX, 15], 5, 2; Gaius, I, 129.

(8) Paul, III, 4ª, 8 : *quasi servus*. La captivité n'entraîne qu'une servitude de fait, *non justa*. On a prétendu que la captivité donne lieu à une *capitis deminutio*, et l'on a invoqué des textes d'auteurs non juridiques (Cæs., *de B. G.*, II, 32; Hor., *Od.*, III, 5, 42; Fest., v° *Deminutus*; Isidor., X, 10, 54; Liv., XXII, 50). Mais ces textes, qui ne prennent pas tous le mot *c. d.* dans un sens technique, ne sauraient prévaloir sur le témoignage d'Ulpien qui considère la captivité et la *c. d.* comme deux choses distinctes (*D.*, XXXVIII, 16, 1, 4).

(9) Paul, *D.*, XXIV, 3, 56; Gaius, I, 187.

(10) Paul, III, 4ª, 8; Marc., *D.*, XXIX, 7, 7 pr. On a fait exception *humanitatis ratione* pour le codicille rattaché à un testament fait avant la captivité. Tryph., *h. t.*, 12, 5.

(11) Tryph., *h. t.*, 12, 2 : *Facti autem causæ infectæ nulla constitutione fieri pos-*

paternelle il n'y avait pas urgence à prendre un parti : elle reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache si le captif peut ou non invoquer le *postliminium* (1). S'il meurt chez l'ennemi, ses enfants sont réputés *sui juris* du jour où il a été fait prisonnier (2); s'il revient à Rome, ils sont censés avoir toujours été sous sa puissance.

En règle générale (3), on considère la captivité comme un état provisoire. Le captif perd l'exercice, mais non la jouissance de ses droits : son patrimoine subsiste et doit être confié à un curateur, depuis que le Préteur a créé la *cura bonorum* (4). Il peut acquérir un droit réel ou de créance (5), une succession *ab* intestat ou testamentaire (6). Il reste tenu envers les créanciers qui peuvent faire saisir ses biens, mais non les vendre avant son retour (7).

Après son retour, le captif, sauf quelques exceptions, recouvre rétroactivement tous ses droits (8) : c'est la conséquence du *jus postliminii*. Le *postliminium* ne fut d'abord que la constatation d'un fait (9). *Postliminium reverti*, c'est rentrer dans sa maison et par suite en reprendre le gouvernement; c'est recouvrer les droits de maître momentanément suspendus, la faculté d'agir en justice et de faire les actes qui, pour leur accomplissement, exigent la présence sur le sol romain (10).

A l'époque classique, le *postliminium* est devenu un droit réglementé par la loi. Deux conditions sont requises pour que le captif puisse l'invoquer (11) : le retour effectif (12) sur le territoire de Rome ou d'une cité

sunt. Jav., *D*., XLI, 2, 23. 1; Pap., *D*., IV, 6, 19. Mais le captif peut usucaper les choses possédées par son fils ou par son esclave. Jul., ap. Tryph., *l. c.* L'opinion contraire de Marcellus n'a pas prévalu.

(1) Gaius, I, 129; Ulp., X, 2; Tryph., *h. t.*, 12, 1. Paul paraît être d'un avis différent, si le texte des *Sentences* (II, 25, 1) n'a pas été remanié.

(2) La question, douteuse pour Gaius, est résolue par Julien (*h. t.*, 22, 2; Pap., *eod.*, 11 pr.; XXXVIII, 16, 15).

(3) Il y a une exception pour le mariage des enfants du captif (p. 160).

(4) Diocl., *C.*, VIII, 50, 3; Ulp., *D.*, XXXVIII. 17, 2, 30; XXVI, 1, 6, 4; XXVII, 3, 7, 1. Le captif ne peut avoir de *procurator* (Ulp., *D.*, IV, 6, 15 pr.)

(5) Pap., *D.*, XXXVIII, 16, 15; Jav., *D.*, XLIV, 3, 4; Pomp., *D.*, IX, 2, 43. Cf Ulp., *D.*, XLVII, 2, 41 pr; Paul, *D.*, XLV, 1, 11.

(6) Gaius, *D.*, XXVIII, 5, 32, 1; Paul, IV, 8, 24; Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 7; XXXVII, 4, 1, 4.

(7) Pomp., ap. Ulp., *D.*, XIII, 5, 11 pr.; Paul, V, 5^b, 2; *D.*, XLII, 4, 6, 2. Les créanciers agissent soit contre le curateur s'il y en a un, soit contre la personne qui est disposée à défendre le captif. Ulp., *D.*, XXVII, 3, 7, 1.

(8) Pomp., *h. t.*, 5, 1; Ulp., 16. Même la tutelle : Gaius, I, 187.

(9) L'idée du *postliminium* est très ancienne (Mod., XLIX, 15, 4). Elle a été introduite par la coutume *naturali æquitate* (Paul, *h. t.*, 19 pr.). D'après Ælius Gallus, qui paraît avoir vécu sous Auguste, le *postliminium* s'applique dans deux cas : lorsqu'on a perdu la cité romaine en devenant membre d'une cité qui n'est pas sous la dépendance du peuple romain *(postliminium in pace)*; lorsqu'on est tombé au pouvoir de l'ennemi *(postliminium in bello)* Fest., v° *Postliminium receptum*. Pomp., *h. t.*, 5, 1-2. Cf. sur les modifications apportées à cette conception, Mommsen, VI, 2, 282.

(10) Tel est le testament *per æs et libram* : le testateur dispose de ses biens comme un législateur; or on ne peut légiférer que dans les limites du territoire. Seul le testament *in procinctu* pouvait être fait partout où étaient les armées romaines. Cf. C. civ., 981, 988, 989.

(11) Sont exclus les soldats qui se sont livrés à l'ennemi. Paul, *h. t.*, 17.

(12) En principe il faut qu'il retourne avant la conclusion de la paix ou aussitôt après (Pomp., *h. t.*, 20 pr.), à moins de clause contraire dans le traité de paix. Serv., ap. Tryph., *h. t.*, 12 pr,

amie du peuple romain (1); l'intention d'y rester (2). S'il a juré de retourner chez l'ennemi ou s'il a profité d'un armistice, il n'y a pas de *postliminium*. Si le captif meurt à l'étranger, le testament qu'il a fait avant de tomber au pouvoir de l'ennemi conserve sa valeur en vertu de la loi Cornelia (3).

CHAPITRE II

Les personnes juridiques.

I. Notion et histoire des personnes juridiques.

Le droit classique a étendu la notion de la capacité juridique à certains groupes de personnes formés pour atteindre un but politique, religieux ou social. Il attribue à ces groupes une existence propre, distincte de celle des membres qui les composent ; il les assimile à des personnes réelles, leur reconnaît la capacité d'être propriétaires, créanciers ou débiteurs. Ces personnes, qui n'ont qu'une existence intellectuelle, sont appelées personnes juridiques *(universitates)* (4). Trois caractères les distinguent :

1° La personne juridique est indépendante des individus qui la composent. Ces individus peuvent changer jusqu'au dernier, la personne juridique n'en subsiste pas moins dans son identité (5).

2° Les individus, qui forment la personne juridique, n'ont aucun droit sur ses biens. Ils ne sont pas copropriétaires des maisons et des terres qui lui appartiennent; ils ne sont pas tenus de ses dettes; ils ne peuvent réclamer une quote-part de ses créances (6).

3° Si une personne juridique doit agir en justice, le fondé de pouvoir qui la représente n'est pas traité comme agissant au nom des membres qui la composent (7).

§ 1er. **Ancien droit.** — La notion abstraite de la personne juridique est étrangère à l'ancien droit. Les groupes formés par les *gentes*, les collèges de prêtres, les sodalités, les sociétés de publicains, les corporations d'ouvriers ou de marchands, les municipes et les *pagi*, avaient souvent des biens propres (8), mais ces biens étaient la propriété collective ou commune des membres du groupe : ils n'étaient pas la propriété privée du groupe (9). Les actes juridiques, nécessités par

(1) Il suffit qu'il parvienne aux avant-postes, *intra præsidia nostra*. Pomp., 5, 1.
(2) Pomp., *h. t.*, 5, 3; Sab., ap. Tryph., 12, 9; Flor., 26.
(3) Jav., *D.*, XXVIII, 3, 15.
(4) *D.*, III, 4; XXXVIII, 3; XL, 3; Cic., *de off.*, I, 34, 124 : *persona civitatis* ; Flor., *D.*, XLVI, 1, 22 : *Personæ vice fungitur... municipium et decuria*; Frontin, *de contr. agr.*, 49-7 : *publica persona*; 54, 23 : *persona coloniæ*. Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, p. 45. Ed. Cuq, v° *Universitas (Dict. Antiq.*, V, 598).
(5) Ulp., *D.*, III, 4, 7, 2.
(6) Marc., *D.*, I, 8, 6, 1; Gaius, II, 11 ; Ulp., *D.*, XLVIII, 18, 1, 7.
(7) Ulp., *D.*, III, 4, 7, 1-2.
(8) *Ager gentilicius*; *arca pontificum*, *pecunia fratrum Arvalium* (Henzen, *Acta*, XLII, 101), Cf. *C. I. L.*, VI, 3823 : *pecunia communis*; I, 196, l. 11.
(9) Cf. Kniep, *Societas publicanorum*, 1896, I, 269.

l'administration de ces biens, étaient accomplis soit par l'assemblée des membres du groupe, soit par un curateur (1). Dans ce dernier cas, le curateur devait communiquer le bénéfice de l'opération ou se faire tenir compte de la charge qu'il avait assumée.

La notion de la personne juridique s'est fait jour en droit public avant de pénétrer dans le droit privé. C'est en droit public, et pour le plus important de tous les groupes, celui du peuple romain, qu'on a de bonne heure senti la nécessité de le distinguer des individus qui le composent. On trouve bien quelques traces d'une époque où l'État se confondait avec la masse des citoyens, par exemple pour le droit d'occuper les terres incultes de l'*ager publicus* (2) ou d'exercer une action populaire (3). Mais cette confusion eut ses limites : le trésor public fut affecté aux besoins propres de l'État; les magistrats reçurent le pouvoir d'agir au nom du peuple : les actes par eux accomplis produisaient leur effet au profit ou à la charge de l'État (4).

§ 2. **Époque classique.** — Au début du VIIe siècle de Rome, la distinction du peuple romain et des individus qui le composent est admise sans discussion (5). Cette conception n'a pas tardé à être appliquée aux municipes, aux colonies, aux cités de droit latin dont l'organisation était modelée sur celle de Rome. Labéon traite les municipes et les colonies comme des personnes juridiques : il donne l'action *furti* contre celui qui a volé une *res publica*; les affranchis du municipe peuvent appeler en justice les membres de la cité sans l'autorisation du Préteur (6). La personnalité juridique a été ensuite attribuée à toutes les cités, aux bourgs, aux villages et même aux curies (7); aux collèges dont l'organisation était analogue à celle des cités (8).

On trouve pourtant des traces de la conception antique (9); on en a même déduit quelques conséquences nouvelles (10). Aussi est-ce une question très discutée de savoir si la jurisprudence classique a vraiment reconnu qu'une abstraction peut, comme un être humain, devenir un sujet de droit, ou s'il ne faut pas plutôt voir dans la notion

(1) *C. I. L.*, VI, 2, 10231 : *Mancipio acceperunt immunes et curator et plebs universa collegii*; Ulp., *D.*, L, 17, 160 : *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem*; Jav., *D.*, III, 4, 8.

(2) Certains textes emploient l'expression *res communis* pour désigner le patrimoine du peuple. Sisenna, ap. Non., 522, 13.

(3) Ulp., *D.*, III, 3, 43, 2 : *ubi quis quasi unus ex populo agit.*

(4) Sous quelques réserves : Ulp. *D.*, XII, 1, 27; Paul, *D.*, XXII, 1, 11 pr.

(5) Alf., *D.*, V, 1, 76. Cf. *C. I. L.*, X, 444 : *Qui in collegio Silvani hodie essent, quique postea subissent.*

(6) Lab. ap. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 31, 1. Ulp., *D.*, II, 4, 10, 4.

(7) Ulp., *D.*, III, 4, 3. *CIL.*, VIII, 974, 1845, 14613.

(8) *D.*, XLVII, 22. Gaius, *D.*, III, 4, 1, 1. Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1110. — Saleilles, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, 1912.

(9) Gaius (*l. c.*) présente les biens des collèges comme des *res communes*, tandis qu'ailleurs (II, 11), il dit : *ipsius universitatis esse creduntur*. Papinien parle de la *scientia municipum* (*D.*, L, 1, 14). Neratius considère comme possible la condition apposée à un legs : *si municipes jurassent* (ap. Paul, *D.*, XXXV, 1, 97).

(10) Stipulation *rem pupilli salvam fore* par un *servus publicus* (Ulp., *D.*, XLVI, 6, 2). Promesse de restitution des biens de l'adrogé impubère faite par l'adrogeant à un *servus publicus* (Marcel., *D.*, I, 7, 18). Dans ces deux stipulations, l'esclave de la cité est considéré comme appartenant en commun à tous les habitants; il peut dès lors stipuler *nominatim* pour l'un d'eux.

de la personne juridique une fiction commode pour justifier certaines règles. Cette dernière opinion, qui est la plus communément adoptée, est aussi celle qui paraît la plus conforme à l'ensemble des textes (1).

Au IIIe siècle apparaît une nouvelle classe de personnes juridiques qui s'est introduite sous l'influence des coutumes provinciales (2) : ce sont les dieux qui ont un patrimoine, sont créanciers ou débiteurs (3), Il y a ici non plus un groupe de personnes, mais un ensemble de biens avec une affectation déterminée.

§ 3. **Bas-Empire.** — Les personnes juridiques sont très nombreuses; la plupart sont des fondations (4). Elles ont reçu un large développement sous l'influence des idées chrétiennes et par la faveur de la loi pour les œuvres pies (p. 692).

La personnalité juridique a été reconnue aux établissements consacrés au culte ou à la vie religieuse (églises, monastères, communautés) ainsi qu'aux établissements de bienfaisance (hôpitaux, hospices, asiles de vieillards, orphelinats) déjà existants ou à créer (5). On l'a également reconnue aux biens affectés à un but charitable (secours aux pauvres, aux malades; rachat des captifs) (6). Dans ce dernier cas, c'est la collectivité (7) des pauvres, des malades, des captifs de la cité qui a la propriété des biens donnés ou légués (8). L'administration et la distribution des biens sont confiées à la personne, à l'église ou à l'établissement charitable désigné par le testateur, sinon à l'église ou à l'établissement désigné par l'évêque de la cité d'où le défunt était originaire (9) ou dans laquelle il résidait (10). Ces libéralités étaient réputées faites par le testateur pour le salut de son âme (11).

Il ne faut pas confondre ces fondations charitables avec celles que l'on rencontre sous le Haut-Empire. Nerva avait institué des fondations alimentaires pour subvenir aux besoins des enfants pauvres de naissance ingénue (12). Son exemple fut suivi par Trajan (13) et ses succes-

(1) Voir Gaius, *l. c.*, et II, 11. Cf. les auteurs cités par Kniep, I, 258-297.

(2) Cic., *p. Cluent.*, 15, 43; in *Cæcil.*, 17, 35; *C. I. Gr.*, 2824.

(3) *B, C. H.*, V, 295; VI, 107; XVI, 214; *C. I. L.*, III, 1079; X, 4263.

(4) Just., *C.*, I, 2, 19; 23. Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910. Michoud, *la Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1909. A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I⁴, 653, 665.

(5) Zeno, *C.*, I, 2, 15 pr., 1. Dans les papyrus, la personne juridique est désignée par l'expression τό δίκαιον τῆς ἁγίας ἐκκλησίας ou κοινωνίας. *P. Lond*, II, n° 483, 6. *P. Caire*, 67096, r°, 4; 67101, 3; 67298, 16, 29, 35.

(6) Just., *C.* I, 3, 45, 9; 48, 1 : dons ou legs aux pauvres de l'église.

(7) *Ibid.*, 45, 9; 55, 1 : τὸ σύστημα. Cf. R. Saleilles, *Les* piæ causæ *dans le droit de Justinien*, 1907.

(8) L'institution d'héritier faite au profit des captifs ou des pauvres est valable, bien que ce soient des personnes incertaines. *Ibid.*, 48 pr.; *C.* I, 2, 19.

(9) Leo, *C.*, I, 3, 28 pr., 1. Si le testateur est d'origine barbare, la désignation est faite par l'évêque de la cité où il est décédé. *Ibid.*, 28, 3.

(10) Just., *eod.*, 49, 1.

(11) *Ibid.*, 41, 17 : ὑπὲρ τῆς ἑαυτοῦ ψυχῆς. J. Maspero, *P. Caire*, 67151, 123, 127, 145 (de l'an 570) : le fondateur demande aux moines d'ensevelir son corps dans leur cimetière et d'inscrire son nom sur la liste des défunts pour lesquels ils récitent des prières.

(12) Aur. Vict., *Ep.*, 12, 4. Une inscription du temps d'Auguste (*C. I. L.*, X, 5056) mentionne un legs fait aux habitants d'Atina *ut liberis eorum ex reditu, dum in ætatem pervenirent, frumentum et postea sestertia singula millia darentur.*

(13) Dio, LXVIII, 5; Plin., *Paneg.*, XXVI, 27, 28. Cf. les tables alimentaires de Veleia et de Bénévent : *C. I. L.*, XI, 1147; IX, 1455.

seurs (1), et même par de simples particuliers (2). Ces fondations n'avaient pas la personnalité juridique : les biens qui leur étaient affectés restaient la propriété de l'empereur (fondations impériales), ou étaient attribués à une personne juridique au moyen d'une donation *sub modo* (fondations privées) (3).

II. Formation des personnes juridiques.

Jusqu'au dernier siècle de la République, la liberté d'association fut entière à Rome. Les Douze Tables ne firent qu'une réserve : les statuts ne doivent contenir rien de contraire à la loi publique. L'État ne s'est occupé pendant cette période des associations que pour leur concéder des privilèges, ou pour les dissoudre lorsqu'elles présentaient un danger pour l'ordre public (4). A la fin du VIIe siècle les associations politiques et les collèges industriels (5), excités par des agitateurs de profession (6), étaient une cause de trouble dans la cité; en 690, le sénat les supprima par mesure administrative. En 696, la liberté d'association fut rétablie et consacrée par la loi Clodia. L'auteur de la loi en profita pour former une quantité de nouveaux collèges recrutés parmi les pires éléments de la population (7). Un Sc. de 698, puis la loi Licinia *de sodaliciis* de 699 furent impuissants à mettre un frein à la corruption des mœurs électorales. J. César fut obligé de dissoudre tous les collèges, excepté ceux qui avaient été anciennement institués (8).

Ce régime, spécial à Rome, fut étendu à l'Italie par Auguste (9), puis appliqué aux provinces (10) par des Sc. et des constitutions impériales (11). D'après la loi Julia *de collegiis*, aucune association, à moins qu'elle ne soit religieuse, ne peut se former sans l'autorisation du sénat et sans l'avis conforme de l'empereur (12). Cette autorisation (13) est

(1) Hadrien (SPART., 7), Antonin le Pieux, Marc-Aurèle (CAPITOL., 11); Alexandre Sévère (LAMPRID., 37).

(2) En Italie, PLIN., *Ep.*, VII, 18 ; FRONTO, *ad amicos*, I, 14; *C. I. L.*, X, 5853, 6328; XI, 419. En Espagne, *C. I. L.*, II, 1174; en Afrique, *C. I. L.*, VIII, 1641.

(3) Le fondateur prenait pour intermédiaire une personne juridique, dans l'espoir que ses intentions seraient remplies à perpétuité. Cf. PERNICE, *Labeo*, III, 164.

(4) FEST., v° *Scribas*. Sc. de Bacchan., *C. I. L.*, I, 196; LIV., XXXIX, 8. Cf. sur la suppression des associations des *montani* et des *pagani*, DENYS, IV, 12; V, 2.

(5) Cf. sur ces collèges, CIC., *de petit. consul.*, 1 et 8; SALL., *Jug.*, 73.

(6) CIC., *Acad.*, IV, 47; SALL., *Cat.*, 50 : *Duces multitudinis*. CIC., *p. domo*, 5 : *concitator tabernariorum*; *P. Flacco*, 8.

(7) ASCON., *in Pis.* 4; CIC., *p. Sext.*, 15.

(8) CIC., *ad Quint. fr.*, 2, 3; *p. Planc.*, 15; SUET., *Cæs.*, 42.

(9) JOSEPH., *Antiq.*, XIV, 10; SUET., *Aug.*, 32.

(10) La règle ne s'appliquait pas aux cités libres et fédérées (PLIN., *Ep.*, X, 93). L'État se réservait seulement un droit de surveillance sur les associations qui étaient des foyers de troubles et servaient à des groupements illicites.

(11) Les jurisconsultes ne citent pas d'autres documents. GAIUS, *loc. cit.* MARC., *D.*, XLVII, 22, 1 pr. Cf. PLIN., *Ep.*, X, 42.

(12) *C. I. L.*, VI, 2193. Cf. *C. I. L.*, II, 1167; III, 7060, qui distinguent la *confirmatio* du sénat et la *concessio* de l'empereur.

(13) Les associations funéraires semblent autorisées par une disposition générale sous certaines conditions. *C. I. L.*, XIV, 2112; MARC., *l. c.*, 1, 1. ULP., *D.*, XLVII, 11, 2. — Les corporations de scribes ou d'appariteurs des magistrats sont reconnues par la loi (*D.*, XLVI, 1, 22) : elles ont le droit de posséder et d'affranchir un esclave (ULP., *D.*, XXIX, 2, 25, 1), de demander la *bonorum possessio*, de recueillir

réservée aux collèges utiles à la cité (1). On voit poindre ici l'idée dont on tirera les conséquences au Bas-Empire : les corporations autorisées ont le caractère d'institutions d'utilité publique.

Il y eut dès lors deux sortes d'associations : les associations autorisées *(quibus coeundi jus est)* (2), qui seules forment une personne juridique (3), et les associations illicites. Celles-ci comprennent d'abord les associations non autorisées, mais souvent tolérées; puis les associations qui ont pris un caractère dangereux alors même qu'elles ont été autorisées. Leur situation est réglée par un sénatus-consulte (4). Les premières peuvent être dissoutes par ordre de l'empereur, mais il leur est permis de partager entre leurs membres la caisse commune (5). On est plus rigoureux à l'égard des secondes ; on applique à leurs fondateurs les peines du crime de lèse-majesté (6).

Le nombre des membres des associations n'est pas limité par la loi; il peut l'être par les statuts, par les bienfaiteurs du collège ou par l'État (7). La jurisprudence a fixé à trois personnes le minimum requis pour la formation de l'association, mais l'association subsiste tant qu'il reste un de ses membres (8).

Au Bas-Empire, les fondations pieuses ou charitables jouissent de la personnalité juridique indépendamment de toute autorisation. La présence et la bénédiction de l'évêque suffisent pour révéler le but de l'institution, mais ne sont pas indispensables (9).

III. Capacité des personnes juridiques.

Les personnes juridiques sont capables de droit, incapables de fait.

1° Elles ne sont pas capables d'avoir toute espèce de droits : il ne peut être question pour elles des droits de famille; elles n'ont que des droits patrimoniaux. Parmi ces droits, il en est qu'on leur a accordés à titre exceptionnel : les droits de succession. Comme les personnes juridiques ne meurent pas, on n'a pas voulu retirer de la circulation un trop grand nombre de biens.

une succession (*D.*, XXXVII, 1, 3, 4). Elles se divisent en sections (*decuria :* Cic., *Verr.* III, 79, 84; Tac., *Ann.* XIII, 27; *Vat. fr.* 272) et sont administrées par 6 ou 10 membres (*sex, decem primi*). Les *decuriales* (*Vat. fr.*, 142, 235) qu'il ne faut pas confondre ni avec les décurions membres des sénats municipaux, ni avec les *curiales* qui, en raison de leur fortune, supportent les charges municipales, subsistent au Bas-Empire : *C. Th.*, VIII, 9, 1.

(1) D'autres restrictions ont été établies par le droit postérieur : interdiction des hétéries (Plin., *Ep.*, X, 76), des *collegia sodalicia* (Marc., *D.*, XLVII, 22, 1 pr.), des associations entre militaires *(eod.)*, Au temps de S. Sévère, cette interdiction ne s'applique pas aux sous-officiers (*C. I. L.*, VIII, 2557). Défense d'être membre de plusieurs collèges (Marc., *eod.*, 1, 1), d'entrer dans un collège d'artisans si l'on est incapable de travailler. (Ant. P., ap. Callistr., *D.*, L, 6, 5, 12.)

(2) Ulp., *D.*, XL, 3, 1; *C. I. L.*, XIV, 2112, I, 10.

(3) Les membres d'une association simplement tolérée peuvent recevoir des legs individuellement : *Hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.* (Paul, *D.*, XXXIV, 5, 20.)

(4) Marc., *loc. cit.* : *Sc. quo illicita collegia arcentur.*

(5) Marc., *eod.*, 3 pr.

(6) Ulp., *D.*, XLVIII, 4, 1, 1.

(7) *C. I. L.*, VI, 10234; Plin., *Ep.*, X, 33.

(8) Ner., ap. Marcel., *D.*, L, 16, 85; Ulp., *D.*, III, 4, 7, 2.

(9) Nov., 67; 141, c. 7 et 11 ; Just., *C.*, I, 3, 45 pr.

Les cités sont capables de posséder, d'usucaper, d'acquérir une servitude (1). Les empereurs leur ont concédé, d'abord par une faveur spéciale (2), puis d'une manière générale, la capacité de recevoir un legs, un fidéicommis particulier ou universel, d'être instituées héritières par leurs affranchis (3). Les bourgs et villages peuvent recevoir des legs (4).

Cette capacité a été étendue aux collèges : un Sc. du règne de Marc-Aurèle leur a permis de recevoir un legs ou un fidéicommis particulier, d'affranchir leurs esclaves (5) ; mais ils ne peuvent, sans un privilège spécial, recueillir une hérédité (6). — Les dieux sont plus favorisés : ils peuvent recevoir des legs, être institués héritiers avec le privilège du *jus liberorum* (7).

Au Bas-Empire, les églises, les fondations pieuses et charitables ont une capacité très étendue (8). Dès l'an 321, Constantin permit de tester en faveur des églises catholiques de Rome. Cette faculté a été dans la suite généralisée (9).

2° Les personnes juridiques sont incapables de fait. Elles ont besoin de quelqu'un qui agisse en leur lieu et place. Les actes accomplis par cette personne produisent leurs effets conformément au droit commun; mais on a, dans certains cas, admis l'idée de représentation.

Les administrateurs d'une cité sont considérés comme ses représentants (10) : leurs actes profitent à la cité qui est corrélativement tenue des engagements qu'ils ont régulièrement contractés dans son intérêt (11). Les acquisitions réalisées par un esclave public profitent à la cité (12). — Les bourgs et villages ont un curateur (13); les collèges ont des magistrats comme les cités.

Au Bas-Empire, la gestion du patrimoine des fondations est confiée à un administrateur (*œconomus*) placé sous la surveillance de l'évêque

(1) Jav., *D.*, VIII, 1, 12; Ulp., *D.*, XLI, 2, 2; X, 4, 7, 3.

(2) Legs : *C. I. L.*, X, 5056; XI, 720; Suet., *Tib.*, 31. Institutions : *C. I. L.*, IX, 5746. Jul., *D.*, XXVIII, 6, 30; Pap., *D.*, XXXI, 66, 7; Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 6, 4. Cf. Liebenam, *Stadteverwaltung*, 1900, p. 187.

(3) Nerva ap. Ulp., XXIV, 28. Sc. Apronien : Paul, *D.*, XXXVI, 1, 26; Jul., *eod.*, 27 pr.; Sc. ap. Ulp., XXII, 5; *D.*, XXXVIII, 3, 1, 1.

(4) Gaius, *D.*, XXX, 73, 1; *C. I. L.*, III, 7526; V, 2090, 5907, 7261, 7450.

(5) Paul, *D.*, XXXIV, 5, 20; Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 1, 15; Scæv., *D.*, XXXII, 38, 6; *C. I. L.*, III, 3893; V, 4015, 5113, 6363, 6970; VIII, 974, 14613; XII, 431, 1436. — Ulp., *D.*, XL, 3, 1.

(6) Diocl., *C.*, VI, 24, 8.

(7) Paul, *D.*, XXXV, 2, 1, 5; *C. I. L.*, II, 21; V, 2915; Ulp., XXII, 6; Dio, LV, 2. Cf. p. 769, 2.

(8) Cf. Chénon, *Les conséquences juridiques de l'Edit de Milan*, *N. R. H.*, XXXVIII, 258. J. Maurice, *Numismatique Constantinienne*, II, 411.

(9) *C. Th.*, XVI, 2, 4; Just., *C.* I, 3, 35 et 46; I, 2, 26. Cf. Liebenam, 191.

(10) *Municipum syndicus* (Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 24, 5, 10); *actor* (Paul, *D.*, L, 12, 8 : *actores constituti qui legitime pro civitate agere possunt*).

(11) Emprunt (p. 115, 4). Constitut (Ulp., *D.*, XIII, 5, 5, 7 et 9). Hypothèque (Marc., *D.*, XX, 1, 11 pr.). Cf. pour la caution fournie à l'*actor* Paul, *D.*, III, 4, 10. La personne juridique n'est pas obligée par les délits commis par ses administrateurs (Ulp., *D.*, IV, 3, 15, 1). Cette manière de voir a été abandonnée depuis le moyen âge. Cf. loi du 5 avril 1884, a. 106.

(12) Nerva ap. Paul., *D.*, XLI, 2, 1, 22; Jav., *D.*, VIII, 1, 12; *C. I. L.*, IV, 138, 146, 150 (quittances de Pompei).

(13) *Curator pagi* : *C. I. L.*, II, 4125; IX, 1503.

et nommé par le fondateur ou à défaut par l'évêque (1). Par une faveur spéciale, les actions intentées au nom de ces fondations sont imprescriptibles (2).

CHAPITRE III

Les droits des personnes.

1. Classification des droits.

Envisagés au point de vue subjectif, les droits se divisent aujourd'hui en droits de famille, droits réels et droits de créance.

Les droits de famille sont ceux qui résultent du mariage, de la parenté, de l'alliance, de la filiation. Ces droits sont en dehors du patrimoine, bien qu'ils aient souvent pour conséquence des droits patrimoniaux, tels que les droits de succession.

Les droits réels confèrent la faculté de retirer d'une chose toute l'utilité ou une partie de l'utilité qu'elle est susceptible de procurer.

Le droit de créance confère la faculté d'exiger d'une personne déterminée un service qui consiste souvent à donner une chose corporelle, mais qui peut également avoir pour objet un fait ou une abstention.

Cette classification est moderne, mais on en trouve les éléments chez les jurisconsultes du temps de l'Empire (3). A l'origine, le droit du chef de famille sur les personnes et sur les choses soumises à son pouvoir a été considéré comme un droit unique, appelé *manus, potestas* ou *dominium* et sanctionné par l'action en revendication.

La distinction des droits réels et des droits de créance s'est fait jour dans la procédure : à côté de la revendication qui s'exerce *in rem,* il y a des actions qu'on intente *in personam* (4). Cette différence dans la procédure correspond à une différence dans la nature du droit (5) : le droit réel suppose un rapport direct entre la personne et la chose (6) ; le droit

(1) *C.*, I, 3, 46, 1 et 3.

(2) *C.*, I, 2, 23 pr. Autres privilèges : les donations faites à une de ces personnes ne sont soumises à l'insinuation qu'au-dessus de 500 sous d'or (*ibid.*, 19); le simple titre suffit pour le transfert de la propriété : la tradition n'est pas exigée.

(3) Paul., *D.*, XLIV, 7, 3 pr. : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum.*

(4) Gaius, IV, 1 ; Ulp., *D.*, XLIV, 7, 25 pr.

(5) Cf. Gaius, IV, 2-3. L'opposition n'est pas absolue. Lorsque les besoins de la pratique l'ont exigé, le droit classique a admis la combinaison du droit réel et du droit de créance. Cf. Ed. Cuq, *le Colonat partiaire*, p. 21.

(6) Cette conception a été critiquée au point de vue philosophique. Tout droit est, dit-on, un rapport entre deux personnes; il ne peut pas exister entre une personne et une chose. Le droit réel est de même nature que le droit de créance : il impose à toute personne autre que le titulaire du droit une obligation purement négative, celle de s'abstenir de troubler la possession paisible du titulaire (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2159). L'exactitude de cette critique, contestable au point de vue du droit moderne, ne saurait être admise pour le droit romain. A Rome, on a toujours considéré le droit de propriété comme le plus positif de tous les droits. Le propriétaire affirme que la chose est soumise à son pouvoir (*rem suam esse*). L'usufruitier affirme *jus sibi esse utendi fruendi.* Nulle part n'apparaît

de créance établit entre la personne et la chose un rapport indirect : le créancier ne peut obtenir la chose que par l'intermédiaire du débiteur. De là deux conséquences qui manifestent la supériorité du droit réel vis-à-vis du droit de créance : le droit réel entraîne un droit de préférence et un droit de suite.

1° Le titulaire d'un droit réel n'a pas à redouter l'insolvabilité du détenteur de sa chose. Son droit prime celui des créanciers de ce détenteur; il l'emporte même sur les droits réels constitués postérieurement au sien : entre plusieurs personnes qui ont une hypothèque sur une même chose, on préfère celle dont l'hypothèque est la première en date. Rien de pareil pour le droit de créance : en cas d'insolvabilité du débiteur, les créanciers viennent en concours et se partagent l'actif proportionnellement au montant de leur créance.

2° Le titulaire d'un droit réel peut faire valoir son droit à l'encontre de tout tiers détenteur. Il n'a pas à redouter l'aliénation faite par le possesseur actuel; il suit la chose entre quelques mains qu'elle se trouve. Le créancier, au contraire, ne peut critiquer l'aliénation non frauduleuse qui diminue le patrimoine de son débiteur.

Si les Romains ont eu de bonne heure conscience de la distinction des droits réels et des droits de créance, ils ont eu plus de peine à séparer les droits de famille des droits réels : ils ont continué à les sanctionner par une revendication contre les tiers; mais, dès l'époque classique, les contestations relatives à la filiation donnent lieu à une action préjudicielle ou à une poursuite *extra ordinem* (p. 170).

Avant d'étudier les droits des personnes, il nous paraît utile de donner un aperçu des règles sur l'acquisition et la perte des droits.

II. Acquisition et perte des droits.

§ 1er. Faits juridiques et actes juridiques. — L'acquisition et la perte des droits est en général le résultat de ce qu'on appelle aujourd'hui un acte juridique. L'acte juridique est un acte volontairement accompli en vue de créer, éteindre ou modifier un droit : par exemple, un contrat, un testament, une remise de dette.

On distingue l'acte juridique du fait juridique. Le fait juridique est un événement duquel la loi fait dépendre l'acquisition ou la perte d'un droit : la naissance et la mort, la parenté sont des faits juridiques; il en est de même de l'alluvion ou de l'avulsion.

Les Romains n'ont pas de terme pour désigner l'acte juridique en général : ils ont seulement groupé certains actes juridiques sous des dénominations communes. Ils appellent *nexum* tout acte accompli *per æs et libram* (prêt, mancipation, libération), *contractus* certaines conventions créatrices d'obligations et sanctionnées par le droit civil, *conventio* tout acte juridique conclu en vue de faire une affaire (1), *pactum* l'acte juridique tendant à modifier un droit (pacte adjoint, pacte

l'idée d'obligation. Si un tiers me trouble dans l'exercice de mon droit, j'agirai contre lui, non pas pour lui demander l'exécution d'une obligation, mais pour faire déclarer judiciairement que moi seul ai pouvoir sur la chose (GAIUS, IV, 3-4.)

(1) FEST., v° *Nexum*. ULP., *D.*, II, 14, 7, 1; 7, 3.

dotal), à mettre fin à un différend, à obtenir des créanciers une remise de dette totale ou partielle (1).

Les expressions *civilis actio, actus legitimi* ont une portée plus large : la première désigne les actes juridiques du droit civil par opposition à ceux du droit des gens; la seconde, les actes solennels de l'ancien droit (2). *Negotium gerere,* c'est faire « une affaire », ce qui s'entend des actes à titre onéreux par opposition aux actes à titre gratuit, des actes licites par opposition aux actes illicites (3).

Dans l'édit du Préteur, le mot *actum* comprend les actes juridiques formés *re* ou *verbis*, mais non le testament. L'expression *quod gestum erit* désigne toute espèce de convention (4); mais, au temps de Labéon, les contrats *verbis* étaient exclus (5).

§ 2. **Classification des actes juridiques.** — Les écrits des jurisconsultes contiennent les éléments d'une classification analogue à celle qui est admise de nos jours.

1° *Actes unilatéraux, actes bilatéraux.* — Les actes unilatéraux sont l'œuvre d'une volonté unique : tel est le testament, le codicille, l'acceptation ou la répudiation d'une succession, l'occupation d'une chose sans maître, la pollicitation.

Les actes bilatéraux exigent le concours de deux volontés : tel est le cas du contrat et du pacte, du mariage et de l'adoption (6).

2° *Actes entre vifs, actes à cause de mort* (7). — L'acte à cause de mort est celui qui règle le sort des biens du disposant à son décès (testament, codicille, legs, fidéicommis, donation à cause de mort). C'est en général un acte de dernière volonté qu'on peut modifier jusqu'au décès; mais il n'en est pas toujours ainsi : un donateur à cause de mort peut renoncer au droit de révoquer.

Est entre vifs l'acte qui n'a pas trait à la transmission des biens après décès. Il garde ce caractère alors même qu'il ne doit se réaliser qu'au décès : telle est la stipulation *cum moriar* ou *post mortem.*

3° *Actes à titre onéreux, actes à titre gratuit* (8). — Un acte est à titre onéreux lorsqu'il impose un sacrifice équivalent à l'avantage qu'il procure. Il est à titre gratuit lorsqu'il procure à une personne un avantage sans qu'elle ait à fournir un équivalent. La vente, le louage, l'échange, sont des actes à titre onéreux; la donation, le prêt à usage, le dépôt sont des actes à titre gratuit.

Les règles sur la formation et la validité des actes juridiques sont les unes générales, les autres spéciales à certains actes. Les règles générales concernent la capacité requise pour prendre part à un acte juridique, la déclaration de volonté qui lui sert de fondement, les moda-

(1) Ulp., *D.*, L, 13, 1, 12; Pap., *D.*, II, 14, 40, 1. Ulp., *eod.*, 1, 8; 7, 17.
(2) *Vat. fr.*, 47; Paul., *D.*, XVII, 2, 65 pr. Pap., *D.*, L, 17, 77.
(3) Paul., *D.*, XLIII, 26, 14.; XI, 5, 4; 6, 4.
(4) Cf. les édits *quod metus causa, fraudationis causa gestum erit.*
(5) Lab., ap. Ulp., *D.*, L, 16, 19.
(6) Ulp., *D.*, L, 12, 3 pr.; II, 14, 1, 1.
(7) Cette distinction est faite à propos des donations (Ulp., *D.*, V, 2, 25 pr.), des affranchissements (*D.*, XXXVIII, 4, 1 pr.). Cf. Cugia, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico*, 1910; Bruck, *Sav. Z.*, XXXIII, 569.
(8) Jul., *D.*, XLIV, 7, 17; 19; Paul., *D.*, XLV, 1, 83, 6.

lités de l'acte, son interprétation, les vices (erreur, dol ou violence) qui peuvent altérer la volonté. Mais les jurisconsultes n'ont pas dégagé la théorie des actes juridiques : au risque de se répéter, ils ont résolu les questions qui s'y rattachent à propos de chaque acte en particulier, tout au moins des actes principaux (contrats, testaments).

On se contentera d'indiquer ici trois règles qui remontent à l'ancien droit, mais qui ont été atténuées par le droit classique. Puis on recherchera quel est le sort des actes accomplis sans observer les conditions de forme ou de fond requises par la loi, ou contrairement à une défense établie par la loi, par le magistrat ou par l'auteur de l'acte.

§ 3. **Règles communes à tous les actes juridiques.** — Anciennement, pour qu'un acte juridique fût valable, il fallait : 1° qu'il fût fait sans désemparer *(uno contextu)* (1); 2° qu'il réunit, au moment de sa conclusion, les conditions requises par la loi pour sa formation (2); 3° qu'il produisit immédiatement ses effets. Les *actus legitimi* ne comportent ni terme, ni condition (3), exception faite pour le testament qui, par sa nature, vise l'avenir. C'est ce qu'on appelle le principe de la simultanéité. Il a reçu à l'époque classique des tempéraments sous l'influence d'une double doctrine : celle de la formation successive des actes juridiques, celle des rapports de droit en suspens.

a) Un acte juridique peut se former successivement de deux manières : les manifestations de volonté nécessaires pour sa formation se produisent soit avant que les conditions requises par la loi pour son efficacité soient réunies (testament), soit à des intervalles séparés (contrats entre absents, donation à cause de mort entre époux). Dans le premier cas, l'acte a un commencement d'existence dès que la manifestation de volonté s'est produite, mais il ne devient parfait que lorsque les conditions requises par la loi sont réalisées. Dans le second, les manifestations de volonté ne deviennent parfaites que par leur réunion à d'autres manifestations, ou lors de l'accomplissement de certains faits (4).

La doctrine de la formation successive des actes juridiques a reçu de nombreuses applications : d'abord admise en matière de testament, elle a servi à écarter certaines conséquences rigoureuses des règles sur la capacité du testateur (5), la révocation des testaments (6), l'affranchis-

(1) Cette règle est appliquée à la stipulation, au testament, à l'*auctoritas* du tuteur, à la constitution d'une servitude prédiale.

(2) Cf. pour les actes de dernière volonté, Jav., *D.*, L, 17, 201 ; pour la stipulation, Paul, *D.*, XLV, 3, 26. La sanction est la nullité.

(3) Pap., *D.*, L, 17, 77.

(4) La liberté laissée aux conjoints de se faire des donations à cause de mort (Ulp., *D.*, XXIV, 1, 9, 2) aurait pu servir à éluder la nullité des donations entre vifs : on décida que le donateur ne pourrait transférer de suite la propriété au donataire (Jul., ap. Pap., *D.*, XXVIII, 5, 77 ; Ulp., *D.*, XXIV, 1, 11 pr.). Si, en fait, le donateur a entendu rendre son conjoint propriétaire, l'acte se forme d'une manière successive et ne devient parfait que par le prédécès du donateur. Ulp., *eod.*, 32, 6 : *Non impletam sed peremptam donationem.*

(5) Perte temporaire de la *testamenti factio* : Pap., *D.*, XXXVII, 11, 11, 2. Ici la forme de l'acte conserve sa valeur jusqu'au moment où la volonté qu'elle a servi à manifester devient efficace.

(6) En exigeant que la révocation se fasse par un nouveau testament, on réserve au testateur la faculté de revenir à son premier projet : *ambulatoria enim est voluntas ejus usque ad vitae supremum exitum.* Ulp., D. XXXIV, 4, 4.

sement d'un esclave par un fils de famille (1), l'adition d'une hérédité déférée à un fils de famille ou à un esclave (2). Il y a là une série d'actes unilatéraux qui ne deviennent parfaits que par la persistance de la volonté de celui qui les a entrepris.

La même doctrine a été appliquée aux actes bilatéraux. Le principe de la simultanéité était incompatible avec les exigences du commerce : c'était une entrave pour tous les actes qui ne peuvent se parfaire aussitôt qu'ils sont commencés. Il empêche notamment de contracter entre absents. La jurisprudence se préoccupa de bonne heure d'écarter cette règle pour les contrats autres que la stipulation : elle admit que le consentement pourrait être manifesté par lettre ou par messager. Dans ce cas, le contrat se forme successivement : il n'est parfait qu'à la réception de la lettre ou du messager. Tant que le destinataire n'a pas connaissance de l'offre de l'expéditeur et ne l'a pas acceptée, l'accord n'existe pas. Si l'expéditeur meurt dans l'intervalle, il n'y a rien de fait (3).

La doctrine de la formation successive des actes juridiques permet aussi aux copropriétaires d'un fonds de constituer une servitude à des dates différentes, tandis que régulièrement ils devraient procéder simultanément à l'*in jure cessio*. Elle permet à celui qui a fait une tradition translative de propriété, de changer d'idée tant que l'*accipiens* n'a pas manifesté la volonté d'acquérir; à celui qui a fait une donation à cause de mort entre époux de révoquer la donation. La même doctrine s'applique, sous une distinction, aux actes juridiques qui dépendent d'un fait qui ne peut s'accomplir sans la volonté du débiteur : si l'acte est susceptible de se former successivement (vente à l'essai) (4), il devient parfait lorsque le fait dépendant de la volonté du promettant a été réalisé; sinon, l'acte est nul (promesse *si volam*) (5).

Enfin, cette doctrine est importante pour fixer la date d'un acte juridique (6). Dans les actes entre vifs qui exigent pour leur perfection une manifestation solennelle de volonté, l'acte n'est parfait que lorsque les

(1) Jul., *D.*, XL, 2, 4 pr. Ici, comme dans le cas précédent, la formation successive de l'acte a été admise par faveur.

(2) Jul., ap. Afr., *D.*, XXIX, 2, 47. Cf. pour la *bonorum possessio* demandée par un mandataire ou par un gérant d'affaires, Afr., *D.*, XLVI, 8, 24 pr., 1.

(3) Cf. Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 15. Jul., *D.*, XXXIX, 5, 2, 6.

(4) Certains textes déclarent la vente nulle (Diocl., *C.*, IV, 38, 13; cf. Ulp., *D.*, XVIII, 1, 7 pr.), d'autres valident la vente *ad comprobationem* (*Inst.* III. 23, 4) ou *ad gustum* (Paul, *D.*, XVIII, 1, 34, 5). La divergence tient vraisemblablement à l'intention des parties : la vente est nulle lorsqu'elles n'ont pas eu l'intention de traiter actuellement (Pomp., *D.*, XLIV, 7, 8); elle est valable dans le cas contraire. Cf. Dernburg, I, 108; contra Bufnoir, *Condition*, 122.

(5) Jav., *D.*, XLV, 1, 108, 1; Pomp., *loc. cit.*; Venul., *eod.*, 137 pr.

(6) Il ne faut pas confondre la formation successive d'un acte juridique avec la formation successive d'un rapport de droit : un acte juridique peut être parfait alors que le rapport de droit qui en résulte est différé jusqu'à l'arrivée d'un événement certain ou incertain, d'un terme ou d'une condition. Une vente conditionnelle par exemple est parfaite en tant qu'acte juridique dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix, mais les obligations qui doivent en résulter sont en suspens (Pomp., *D.*, XVIII, 1, 8 pr.; Paul, *D.*, XLV, 1, 46 pr.). Parfois un rapport de droit commence à être en suspens au moment où l'acte juridique dont il résulte cesse de l'être. Telle est une institution d'héritier conditionnelle : le testament qui la renferme ne devient parfait qu'au décès du testateur; c'est à ce moment que le droit de l'héritier commence à être en suspens.

volontés des diverses personnes intéressées ont toutes été manifestées. Dans les actes entre vifs non solennels, la date de l'acte dépend de l'intention du disposant : il peut faire dater l'acte du jour où il a traité ou du jour où l'acte est devenu parfait (1). Parmi les actes à cause de mort, il n'en est qu'un que l'on peut faire remonter au jour de sa conclusion : c'est la donation à cause de mort entre époux (2).

b) La doctrine des rapports de droit en suspens a une portée bien autrement large que la précédente. Elle a conservé toute sa valeur en droit moderne dans ses deux applications principales, la condition et le terme. L'une et l'autre constituent des manières d'être ou modalités des contrats et des actes juridiques en général. On les étudiera ultérieurement.

§ 4. **Inefficacité des actes juridiques.** — En principe, tout acte qui n'est pas fait conformément à la loi, qui est entaché d'un vice ou qui est l'œuvre d'un incapable, ne peut produire d'effet juridique : il est frappé de nullité. Mais il y a des degrés dans l'inefficacité des actes juridiques : la doctrine moderne distingue les actes inexistants, nuls ou annulables. Sont inexistants les actes auxquels manque un élément nécessaire à leur formation, tel que le consentement dans un contrat. Sont nuls les actes qui violent une prescription de la loi, par exemple ceux qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Sont annulables les actes faits par un incapable ou entachés d'un vice d'erreur, dol ou violence.

Les Romains n'ont pas marqué nettement les différences qui séparent les diverses sortes de nullité, ni même celles qui dérivent du droit civil ou du droit prétorien. Cependant la distinction des actes nuls et inexistants ne leur est pas inconnue : la stipulation novatoire faite par un esclave ou par un pérégrin dans la forme de la *sponsio* est inexistante; faite par un pupille ou par une femme sans l'*auctoritas* de son tuteur, elle est nulle. La première ne produit aucun effet; la seconde éteint l'obligation préexistante bien qu'elle ne crée pas une obligation nouvelle (3).

Les Romains connaissent également la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative : la première ne peut être effacée par aucun fait postérieur ni par aucun délai (4). Tel est le cas où un testateur a omis son fils; le testament reste nul, même si l'enfant omis ne se plaint pas. La nullité relative, au contraire, établie en faveur de certaines personnes, peut être couverte si elle n'est pas invoquée par les personnes que la loi a entendu protéger : tel est le cas d'un affranchissement fait en fraude des créanciers, ou d'une donation entre époux

(1) Hypothèque constituée pour sûreté d'une ouverture de crédit : *D.*, XX, 3, 4. *Eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est.*

(2) *D.*, XXXIX, 6, 40. Cf. Senn, *Études sur le droit des obligations*, 1914, I, 141.

(3) Gaius, III, 176, 179, 119.

(4) Paul., *D.*, L, 17, 29 : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Nombreuses applications : 1° à l'acte fait par un pupille (sorti de l'*infantia*) sans l'*auctoritas* du tuteur (*Inst.*, I, 21, 2); 2° à l'institution d'héritier (Lic. Ruf., *D.*, L, 17, 210); 3° à l'affranchissement fait par une personne qui n'est pas propriétaire de l'esclave (Mod., *D.*, XL, 9, 20).

depuis le sénatus-consulte de Caracalla (1). La nullité relative peut aussi être couverte lorsqu'elle n'est pas demandée dans un certain délai : tel est le cas où un testateur a injustement exhérédé un de ses descendants; celui-ci ne peut attaquer le testament comme inofficieux que pendant un délai de 5 ans. De même en cas d'inobservation de la loi Cicereia, la caution doit faire constater la contravention dans les 30 jours (2).

Les nullités, résultant de la violation des règles du droit prétorien, peuvent être absolues ou relatives, comme celles du droit civil. La nullité est absolue lorsque, par exemple, une femme a fait une intercession contraire au Sc. Velléien : si la contravention est manifeste, le magistrat refusera de donner action au créancier, alors même que la femme n'invoquerait pas sa protection (3). La nullité est relative lorsqu'elle dépend de l'obtention d'une *in integrum restitutio*.

En général les nullités du droit civil sont absolues, celles du droit prétorien sont relatives. Il faut d'ailleurs remarquer que les actes nuls, d'après le droit civil, produisent parfois des effets contraires à la volonté des parties (4), et que les actes, susceptibles d'être attaqués d'après le droit prétorien, n'en subsistent pas moins *jure civili;* le Préteur se contente d'empêcher qu'ils ne produisent des effets préjudiciables à celui qui en est l'auteur.

S'il y a certaines analogies entre le droit romain et le droit moderne quant à l'inobservation des prescriptions de la loi sur la formation et la validité des actes juridiques, il y a des différences plus sensibles quant à la sanction des lois prohibitives ou des clauses de même nature insérées dans un acte juridique.

§ 5. **Lois et clauses prohibitives.** — 1. Sous la République, celui qui contrevient à une prohibition légale encourt généralement une peine. Cette règle s'applique en droit privé comme en droit public (5).

Aux derniers siècles de la République apparaît un nouveau mode de sanction, dont l'application est restreinte aux lois relatives aux actes juridiques. Le contrevenant n'est plus traité comme un délinquant : l'acte juridique fait contrairement à la loi est frappé de nullité (6). Cette sanction est à la fois plus simple et plus efficace : l'acte juridique est considéré comme non avenu, et l'on n'a pas à redouter l'insolvabilité du contrevenant. La jurisprudence a donné aux lois prohibitives qui ont cette sanction le nom de lois parfaites, parce qu'elles réalisent pleinement leur but : empêcher l'acte contraire à la loi de produire

(1) Paul., *D.*, XL, 7, 1, 1; Ulp., *D.*, XXIV, 1, 32, 1 et 23; 33 pr.
(2) Just., *C.*, III, 28, 36, 2; Gaius, III, 123.
(3) Ulp., *D.*, XVI, 1, 2, 1. Cf. Paul., *D.*, IV, 3, 1, 5.
(4) Cf. pour l'*in jure cessio* d'une hérédité par un héritier légitime après l'adition, Gaius, II, 35; III, 85; pour l'*in jure cessio* de la tutelle faite par le cessionnaire de la tutelle, Gaius, I, 170; pour l'affranchissement fait par le copropriétaire ou le nu propriétaire d'un esclave, Ulp., I, 18 et 19.
(5) Loi des Douze Tables sur l'usure (Cato., *R. r.*, *pr.*); loi Furia *testamentaria* (Ulp., *Reg.*, 2). Sc. sur les Bacchanales. *C. I. L.*, I, 196, l. 24. Cf. Edouard Cuq, *Le sénatus-consulte de Délos*, 1912, p. 17.
(6) Loi Cicereia (Gaius, III, 123); loi Voconia, 1er chapitre (Gaius, II, 274); lois Cornelia *de adpromissoribus*, Falcidia, Ælia Sentia, Fufia Caninia.

aucun effet. Elle qualifie « moins que parfaites » les lois qui avaient, comme autrefois, pour sanction une peine pécuniaire (1).

A côté des lois parfaites et des lois moins que parfaites, on rencontre une troisième espèce de lois qui n'ont pour sanction ni la nullité de l'acte juridique, ni une peine pécuniaire. Ces lois, dont la loi Cincia offre un exemple, sont appelées imparfaites. Elles ont eu jusqu'à ces derniers temps un caractère assez énigmatique : on conçoit difficilement un législateur édictant une défense dépourvue de sanction.

Mais la question est de savoir si les lois imparfaites sont prohibitives dans la forme comme elles le sont dans le fond (2). Une inscription récemment découverte montre comment ces lois étaient conçues; elle rapporte le texte d'un sénatus-consulte d'une époque voisine de celle de la loi Cincia (3). En la forme, c'est une disposition permissive, suivie d'une défense de faire rien de contraire à la décision du Sénat. Aucune sanction n'est prévue ; le Sénat s'en remet aux magistrats du soin de faire observer sa volonté. De même la loi Cincia permet de donner à certaines personnes *in infinitum*, à d'autres jusqu'à un certain taux. Elle devait ajouter, comme le sénatus-consulte de Délos, *ejus ne quid contra legem fiat*. C'était un avis donné aux magistrats de ne pas se prêter à rien de contraire à la loi, lorsque leur concours serait requis pour parfaire la donation.

Le législateur avait recours à ces sortes de dispositions lorsqu'il voulait user de ménagements envers ceux contre qui elles étaient dirigées (4). Dans le cas de la loi Cincia, l'auteur du plébiscite ne pouvait demander au Sénat d'approuver un projet édictant une peine susceptible d'atteindre bon nombre de ses membres. Lorsque, dans la suite, on a généralisé l'application de la loi, les magistrats se sont efforcés d'en assurer l'observation par les moyens qui étaient en leur pouvoir (exception, interdit) : mais il ne dépendait pas d'eux d'édicter une nullité que la loi n'avait pas prononcée, ni d'accorder d'une manière générale une action en répétition fondée sur un enrichissement injuste.

Au Bas-Empire, toute loi prohibitive a pour sanction la nullité de l'acte fait en contravention, alors même que la loi ne l'aurait pas expressément déclaré. Dès lors, il n'y a plus que des lois parfaites (5).

2. Les distinctions, qui viennent d'être signalées quant à la sanction des lois prohibitives n'existent pas à notre connaissance pour les défenses résultant d'un décret du magistrat : les actes juridiques faits

(1) Ulp., *Reg.*, 2. Macrob., *In somnium Scipionis*, 2.

(2) J'avais conjecturé autrefois (*Ancien droit*, p. 193) qu'il devait y avoir une différence à cet égard entre les lois imparfaites et les lois moins que parfaites : cette conjecture est aujourd'hui confirmée par l'inscription de Delos.

(3) La date est comprise entre 167 et 157 : elle est postérieure à la soumission de Délos aux Romains (167), antérieure à l'époque où, d'après les inscriptions, des Athéniens devinrent prêtres de Sarapis (157). D'autre part, l'année où le Sc. fut rendu avait un mois intercalaire, ce qui est le cas des années 167, 166, 164. J'ai indiqué les raisons qui rendent vraisemblable la date 166 : *Mém. Acad. Inscr.*, 1912, XXXIX, 135.

(4) Dans le cas du Sc. de Délos, le sénat s'adresse aux magistrats d'une cité fédérée qui, en principe, est autonome.

(5) Règle établie par Théodose II en 439 : *C.*, I, 14, 5.

contrairement à une défense d'aliéner sont frappés de nullité (1).

3. Il n'en est pas de même des clauses prohibitives insérées dans un acte juridique. Ces clauses, qui ont pour objet la défense d'aliéner un immeuble, d'exporter un esclave ou de l'affranchir, sont par elles-mêmes inefficaces. Il ne dépend pas de la volonté du propriétaire de restreindre le droit de l'acquéreur de disposer de la chose, à moins qu'il n'ait retenu une servitude. Cette règle s'applique même au testament, bien qu'ici en général la volonté du disposant ait force de loi : la défense d'aliéner contenue dans un testament est une simple recommandation sans valeur juridique. Mais si elle a été édictée en vue d'une personne déterminée, elle équivaut à un fidéicommis ; dans ce cas même, elle n'est opposable ni aux créanciers du défunt ni au fisc (2).

La défense d'aliéner était très usitée pour les tombeaux; elle est fréquemment inscrite sur les monuments funéraires; elle est ordinairement sanctionnée par une amende au profit du Trésor, du fisc ou d'une cité (3). A vrai dire, ce n'est pas le tombeau lui-même qu'il est interdit d'aliéner, car c'est une *res religiosa* qui n'est pas dans le commerce. La défense d'aliéner s'applique au *jus sepulcri*. Le testateur ne veut pas que des étrangers puissent l'acquérir, et pour assurer à perpétuité le respect de sa volonté, il confère aux agents du fisc ou aux représentants d'une cité le droit d'exiger une somme d'argent de celui de ses successeurs qui méconnaîtra ses intentions (4).

Les constitutions impériales ont admis une exception à la règle sur les clauses prohibitives, en faveur du maître d'un esclave : la défense d'affranchir a pour sanction la nullité (5). Il en est de même de la défense d'exporter un esclave. Dans ce dernier cas, il était d'usage d'insérer dans l'acte une clause conférant au vendeur le droit de saisir l'esclave *(manus injectio)* et de l'emmener *(jus abducendi)* (6). Cette clause était opposable aux sous-acquéreurs (7).

§ 6. **Actes faits en fraude de la loi.** — L'expression *fraus legi* n'a pas le sens technique qu'on lui attribue en droit moderne : elle ne vise pas exclusivement un acte fait pour tourner la loi ; elle s'applique aussi au cas où l'on a directement violé la loi (8). En général, elle désigne :

(1) C'est ce que l'on peut conclure d'une décision de Julien relative à une aliénation faite par un prodigue interdit : *Eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum iis deminutio sit interdicta* (ap. Ulp., *D.*, XXVII, 10, 10 pr.).

(2) Sev., Carac., ap. Marc., *D.*, XXX, 114, 14. Scæv., *D.*, XXXI, 88, 15; XXXII, 38 pr. Cf. p. 276.

(3) *C. I. L.*, V, 952, 979; IX, 136; VI, 22609. Le relevé de toutes ces inscriptions est donné par Giorgi, *Le multe sepolcrali in diritto romano*, 1910, p. 27-29. La plus ancienne est de l'an 138 de notre ère (*C. I. L.*, X, 6706), la plus récente de 517 (*C. I. L.*, III, 9526). La plupart ont été trouvées en Italie et dans les provinces d'Orient.

(4) Certaines inscriptions funéraires disent expressément que la défense d'aliéner était écrite dans le testament (*C. I. L.*, V, 4052). Il est vraisemblable que cette mention est sous-entendue dans les autres. Cf. Giorgi, 40, 55.

(5) Ulp., *D.*, XL, 4, 9, 1; Marcel., *D.*, XL, 9, 9, 2.

(6) Sev., Car., *C.*, IV, 55, 1 et 2: *Vat. fr.*, 6. L'acheteur, à qui le vendeur notifie sa volonté de saisir l'esclave *(denunciatio manus injiciendæ)*, conserve le droit d'affranchir. Même décision pour la clause *ne prostitueretur ancilla*. Paul, *D.*, XVIII, 7, 9.

(7) Paul, *D.*, XVIII, 1, 56; Alex. Sev., *C.*, IV, 56, 1.

(8) Tel est le fidéicommis tacite. Callistr., *D.*, XLIX, 14, 3, 2-3. Cf. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, 1911. Lewald, *Sav. Z.*, XXXIII, 586.

1° un acte conforme à la lettre, mais contraire à l'esprit de la loi ; 2° un acte fait par personne interposée; 3° un acte fait par dol pour éluder la loi. Les Romains n'ont pas formulé de théorie générale en cette matière. Les textes contiennent des décisions d'espèce qui, pour la plupart, sont dues à Justinien ou aux compilateurs.

L'acte, conforme à la lettre, mais contraire à l'esprit de la loi, a été de bonne heure annulé par la jurisprudence, par voie d'interprétation. Tels sont les actes contraires aux lois caducaires ou au Sc. Macédonien (1). Lorsque l'acte fait en fraude de la loi était écrit dans un testament, la jurisprudence hésitait à l'annuler par respect pour la volonté du testateur : la loi Fufia Caninia dut édicter elle-même la nullité (2). Plus délicate était la question pour les actes faits en fraude d'une loi imparfaite, comme la loi Cincia : une donation, qui dépasse le taux fixé par la loi, mais qui a été réalisée par voie de délégation, est parfaite au sens strict; le donateur ne peut revenir sur ce qu'il a fait : il ne peut opposer au donataire l'exception de la loi Cincia. La jurisprudence a fini par lui accorder une *condictio* (3).

L'acte, défendu par la loi à certaines personnes, est nul lorsqu'il est fait par une personne interposée : telle est l'aliénation faite par un affranchi au préjudice de son patron; l'acquisition d'un immeuble appartenant à une église par un magistrat ou par l'économe de l'église (4).

Il y a enfin certains cas où l'on annule un acte fait par dol pour éluder la loi : telle est l'aliénation faite durant le mariage par une femme qui se prépare à divorcer (5).

(1) Ter. Clem., *D.*, XXXV, 1, 64, 1 ; Pap., *eod.*, 79, 4 ; Ulp., *D.*, XIV, 6, 7, 3.
(2) Gaius, I, 46.
(3) Paul, *ad l. Cinciam*, *D.*, I, 3, 29 : *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.* D., XLIV, 4, 5, 5.
(4) Jav., *D.*, XXXVIII, 5, 12. Frg. *de formula Fabiana*, 1. Just., *C.*, I, 2, 24, 1.
(5) Ulp., *D.*, XL, 9, 14, 5; 7, 1; XIV, 6, 3, 3; Paul, *D.*, XVI, 1, 29, 1. Just., *C.*, IV, 35, 24; *Nov.*, 55.

LIVRE II

LA FAMILLE

CHAPITRE PREMIER

Notion de la famille.

I. Ancien droit.

Aux premiers siècles de Rome, la famille est l'ensemble des personnes associées à un même culte et placées sous la puissance et la protection d'un même chef. Elle comprend en général la femme et les enfants issus du mariage, les esclaves et les affranchis. Dans une acception plus étroite, elle comprend seulement les agnats.

L'agnation, dans la famille patricienne, est le lien qui existe entre les personnes de naissance ingénue qui appartiennent à la fois à la même maison et à la même *gens* (1). On a étendu cette notion aux plébéiens en substituant l'identité d'origine à l'identité de *gens*. L'agnation ne cesse pas au décès du chef de famille : elle subsiste entre les personnes qui avaient été soumises à son pouvoir. Il y a même un cas où elle se forme après la mort du père, le cas d'un enfant posthume.

La *gens* est un groupe plus large que la famille. Elle comprend un ensemble de personnes unies entre elles par la communauté de nom et de culte et qui, primitivement, habitaient le même village (2). Parmi ces personnes, les unes sont dans un état de dépendance qu'on appelle clientèle (3); les autres, qui se rattachent à un ancêtre commun de condition ingénue, sont *gentiles* entre elles, tant qu'elles n'ont pas subi de *capitis deminutio* : l'émancipation, l'abandon noxal brisent le lien de gentilité comme celui d'agnation (4).

(1) Ulp., *D.*, L, 16, 195, 2 : *qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* La *domus* désigne ici les personnes soumises au pouvoir du même chef.

(2) Cic., *Top.*, 6.

(3) Sur l'origine de la clientèle, et la condition des clients, cf. Ed. Cuq, *Ancien droit*, 2e édit., p. 11, 56.

(4) Par exception, l'adrogation, le mariage *farreo* font entrer dans la *gens* une personne qui ne descend pas d'un ancêtre commun et qui subit une *capitis deminutio* en changeant de famille. Cette exception, que divers textes rendent vraisemblable, était subordonnée à l'accomplissement de certaines solennités, les unes spéciales au mariage ou à l'adrogation, les autres communes (*detestatio sacrorum.* Serv., *Æn.*, II, 156).

A la différence des agnats, les *gentiles* ne sont pas soumis à un maître commun. A l'époque historique, le chef de la *gens* n'a guère que des pouvoirs religieux et politiques ; la cité romaine a été formée par la fédération des *gentes* établies sur le Palatin (1). Mais la gentilité, comme l'agnation, confère des droits de tutelle qui s'ouvrent à défaut d'agnats, des droits de succession lorsque l'agnat le plus proche ne demande pas l'hérédité.

II. Époque classique.

A cette époque la notion de la famille se modifie : une évolution commence qui se poursuivra jusqu'aux temps modernes. Elle se caractérise par trois faits : 1° la décadence de la famille agnatique et des droits attachés à la parenté civile ; 2° l'importance croissante attribuée à la parenté naturelle ou cognation ; 3° la réglementation par la loi des rapports de famille.

§ 1er. **Famille agnatique.** — La famille n'a plus son caractère primitif. L'association au culte a perdu sa portée pratique par suite de l'affaiblissement du sentiment religieux et de la moralité. La protection du chef a été souvent invoquée en vain par les membres de la famille : la loi a dû déterminer ses droits et ses devoirs vis-à-vis des personnes placées sous sa dépendance (2). Désormais la famille est un groupe de personnes soumises, par la nature ou par un acte juridique, à la puissance d'un seul chef (3). Elle a pour fondement la *patria potestas*. Elle ne comprend que les agnats et les personnes assimilées.

Sont agnats tous ceux qu'une filiation légitime rattache à un auteur commun et qui appartiennent à la maison dont il est le maître, ou qui y appartiendraient s'il était encore vivant. Cette définition exclut de la famille agnatique deux classes de personnes : 1° les descendants par les femmes, car ils n'appartiennent pas à la maison de l'auteur commun ; ils sont dans la famille de leur père ; 2° les enfants qui, du vivant du maître, sont sortis de sa maison : la *capitis deminutio* qu'ils ont subie leur fait perdre la qualité d'agnat. Au contraire sont assimilés aux enfants légitimes et traités comme des agnats, les enfants adoptés ou adrogés et les femmes *in manu*.

Bien que modifiée dans son principe, l'agnation n'en confère pas moins des droits importants, particulièrement en matière de succession. Mais, à mesure que le caractère artificiel de la famille agnatique

(1) Cf. Ed. Cuq, *L'ancien droit*, p. 4.

(2) A l'époque antique, les membres de la famille étaient unis par un double lien juridique et religieux : ils étaient soumis au droit du même maître et associés au même culte. L'ancienne langue désignait ce double rapport par l'expression *domus familiaque* (Cato, *R. r.* 132, 134, 139, 143 ; Liv., XXII, 54). Cette distinction a disparu à l'époque classique : le lien juridique est seul pris en considération. Le *paterfamilias* n'est plus qu'un *dominus*. Ulp., *D.*, L, 16, 195, 2 : *Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*. On trouve cependant un vestige de l'ancienne terminologie dans Pap., *D.* XXXVII, 11, 11, 2 : l'adrogé *cum capite fortunas suas in familiam et domum alienam transfert*.

(3) Ulp., *loc. cit.* : *Jure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae*. V. cep. Moriaud, *De la simple famille paternelle* en droit romain, 1910.

apparut plus clairement à l'esprit des Romains, ces droits semblèrent moins justifiés. L'édit du Préteur, les constitutions impériales exclurent les agnats en présence de certains cognats (1).

§ 2. Famille naturelle. — La famille naturelle, fondée sur le mariage et les liens du sang, comprend deux groupes de personnes : les cognats et les alliés.

1° Les cognats sont les personnes qui descendent d'un auteur commun. Le lien que la nature a établi entre elles peut se former soit à la suite d'un mariage légitime, soit en dehors du mariage (2). Dans le premier cas, l'enfant est cognat de ses père et mère et de leurs parents ; dans le second, il n'est cognat que de sa mère et des parents de sa mère (3) ; il ne peut légalement avoir un père certain. Sont assimilés à des cognats les enfants entrés dans la famille agnatique par voie d'adoption ; mais la cognation ne subsiste ici que tant que dure le lien d'agnation (4).

2° L'alliance est un rapport qui se forme à la suite d'un mariage légitime entre chacun des époux et les parents de l'autre. Il ne comporte pas de degrés et prend fin à la dissolution du mariage (5).

L'alliance n'est prise en considération que dans un petit nombre de cas, pour l'application de la loi Cincia, de l'édit *de postulando* (6), des empêchements à mariage. Dans ce dernier cas, on l'entend d'une manière très large : son effet subsiste après la dissolution du mariage ; on l'admet entre fiancés (7), entre esclaves, entre concubins (8).

La cognation, au contraire, confère des droits importants. Sous l'influence d'une doctrine philosophique dont Cicéron s'est fait l'interprète (9), le Préteur, le sénat, les empereurs ont attribué à la parenté naturelle de nombreuses prérogatives. La principale consiste à donner vocation à la succession *ab* intestat. C'est un principe nouveau qui s'introduit dans la législation et qui aura pour résultat d'ébranler les fondements de l'organisation patriarcale et aristocratique de la famille.

A côté de ce droit de succession reconnu à tous les cognats, on a accordé des droits spéciaux à certains d'entre eux : 1° à la mère : droit de garde des enfants en cas de mauvaise conduite du mari ou lorsqu'ils sont en tutelle (10), droit de correction (11), droit à la succession *ab* intestat de ses enfants sous les conditions prévues par le Sc. Tertullien ; 2° aux ascendants : droit à l'*obsequium* et à la *reveren-*

(1) Enfants émancipés, ou donnés en adoption, mais émancipés du vivant de leur père naturel. Exclusion de certains agnats par la mère.
(2) Mod., *D.*, XXXVIII, 10, 4, 2.
(3) Gaius, *D.*, XXXVIII, 8, 2; Mod., *eod.*, 8. L'enfant naturel est le cognat des enfants de sa mère. *C. I. L.*, IX, 4269.
(4) Jul., *eod.*, 3 ; Ulp., *eod.*, 1, 4.
(5) Mod., *D.*, XXXVIII, 10, 4, 8 ; 4, 3 ; 4, 5.
(6) *Vat. fr.*, 302. Ulp., *D.*, III, 1, 1, 11 ; 3, 2.
(7) Serv., ap. Pomp., *D.*, XXXVIII, 10, 8; Ulp., *D.*, XXIII, 2, 12, 1-2 ; Jul., ap. *Inst.*, I, 10, 9.
(8) Paul, *D.*, XXIII, 1, 14, 3. Alex., *C.*, V, 4, 4.
(9) P. 45, 1. Cic., *De off.*, I, 17, 54.
(10) Ulp., *D.*, XLIII, 30, 1, 3; 3, 5. Alex., *C.*, V, 49, 1.
(11) *Jus emendationis* : Sat., *D.*, XLVIII, 19, 16, 2.

tia (1), droit à des aliments en cas de besoin ; 3° aux ascendants et descendants : concession du *jus antiquum* par les lois caducaires, droit de réclamer les legs, fidéicommis, donations à cause de mort, lorsque la *bonorum possessio* est accordée *contra tabulas* (2) ; 4° aux frères et sœurs consanguins, droit à la *querela inofficiosi*, lorsqu'on leur a préféré des personnes de condition vile ; 5° à dix cognats, de préférence au *manumissor extraneus*, la *bonorum possessio unde decem personæ*.

Au IIIe siècle, cognats et alliés forment une sorte de conseil de famille qui est appelé, en divers cas, à donner son avis au magistrat : 1° choix de la personne à qui l'on doit confier l'éducation d'un impubère en tutelle (3) ; 2° mariage d'une fille *sui juris ;* 3° adrogation d'un impubère; 4° aliénation des biens ruraux et suburbains des mineurs ; 5° exclusion d'un tuteur suspect (4).

§ 3. *Cognatio servilis.* — En principe, la parenté ne se conçoit qu'entre personnes libres ; entre esclaves, la cognation n'a pas de valeur juridique : *cognatio servilis nulla est.* La jurisprudence a écarté cette règle dans plusieurs cas : elle attribue, après l'affranchissement, des effets juridiques à la parenté formée pendant l'esclavage. La *cognatio servilis* constitue un empêchement à mariage (5) ; elle donne lieu à l'obligation alimentaire (6), à l'application soit de l'édit sur l'*in jus vocatio,* soit de la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère (7), soit enfin de la loi Pompeia sur le parricide (8). Au Bas-Empire, les ascendants et les frères et sœurs d'un affranchi citoyen, mort sans postérité, ont droit, s'ils sont eux-mêmes citoyens, à la moitié de sa succession (9). Les enfants d'un esclave affranchi, à quelque époque qu'ils aient reçu la liberté, ont les mêmes droits de succession que ses enfants légitimes (10).

III. Droit de Justinien.

Jusqu'à Justinien, la famille a conservé le caractère étroit qu'elle avait aux premiers siècles, mais le mouvement commencé à l'époque classique, pour donner à la parenté naturelle une valeur juridique, se poursuit sans interruption et aboutit en 543 à la suppression de l'agnation. Dès lors apparaît la notion moderne de la famille fondée sur la communauté d'origine. Cette conception nouvelle, indépendante de la

(1) Magistrat compétent : le préfet de la Ville à Rome (Ulp., *D.*, XXXVII, 15, 1, 2), le gouverneur dans les provinces (Val., Gall., *C.*, VIII, 46, 4) Dès le temps de Cicéron, Servius refusait aux enfants *vulgo quæsiti* le droit de citer leur mère en justice sans la permission du préteur (*D.*, II, 4, 4, 3). Même décision pour les enfants nés pendant que leurs parents étaient esclaves. (Lab., *eod.*)

(2) Edit de *legatis præstandis* : Ulp., *D.*, XXXVII, 5, 1. Même privilège pour la femme et la belle-fille. Autre privilège : le legs de la chose d'autrui est valable, même si le testateur a cru que la chose était à lui.

(3) Sev., ap. Ulp., *D.*, XXVII, 2, 1, 1 ; Alex., *C.*, V, 49, 1.

(4) Tryph., *D.*, XXVII, 2, 6 ; Sev., Car., ap. *Inst.*, I, 26, 4.

(5) Paul., *D.*, XXIII, 2, 14, 2; *Inst.*, I, 10, 10.

(6) Ulp., *D.*, XXV, 3, 5, 16.

(7) Lab. ap. Ulp., *D.*, II, 4, 4, 3; Ulp., *D.*, I, 5, 24.

(8) On l'applique ici même avant l'affranchissement. Venul., *D.*, XLVIII, 2, 12, 4.

(9) *Nov.* Val., 24, c. 1, 2, 6, 7.

(10) *Inst.*, III, 6, 10; *C.*, VI, 57, 6; VI, 4, 4, 9-13.

puissance paternelle, permet à l'enfant d'acquérir des droits dans la famille maternelle aussi bien que dans la famille paternelle : il appartient à la fois à l'une et à l'autre.

La cognation résulte, non plus seulement de la filiation légitime, de l'adoption, de la naissance hors mariage d'une mère citoyenne romaine ou esclave, mais aussi du concubinat, de la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du prince.

CHAPITRE II

La puissance paternelle.

La puissance paternelle est le pouvoir du chef de famille sur la personne de ses enfants et des enfants issus de ses fils et petits-fils. Elle ne porte pas, comme de nos jours, sur les biens des enfants qui, à Rome, sont incapables d'en avoir, sauf quelques exceptions. La puissance paternelle n'appartient jamais à la mère. Elle subsiste quel que soit l'âge des enfants.

I. **Histoire de la puissance paternelle.**

§ 1er. Ancien droit. — La *patria protestas* se confond, à cette époque, avec le pouvoir du *paterfamilias* sur les membres de la famille (femme, enfants, esclaves) et sur les biens qui composent le patrimoine. Elle peut appartenir à un citoyen sans enfants, même à un impubère, pourvu qu'il soit *sui juris :* le mot *pater* n'implique pas l'idée de paternité.

Le *paterfamilias* est à la fois le prêtre, le magistrat et le maître de la famille. Prêtre, il accomplit les cérémonies du culte, non seulement pour attirer sur la famille la faveur des dieux, mais aussi pour consacrer les principaux événements qui en modifient la composition, tels que naissances ou mariages. La composition de la famille n'est pas, comme en droit moderne, fixée par la loi : elle est réglée par le chef de famille. C'est lui qui décide si l'enfant qui vient de naître de sa femme ou de la femme d'un de ses fils ou petits-fils issus d'un fils, doit être admis dans la famille. Lui seul a aussi le droit d'exclure de la famille ceux qui en font partie.

Magistrat domestique, le chef a sur les membres de la famille le pouvoir de vie et de mort (1). Il l'exerce à l'exclusion de l'autorité publique; mais il doit l'exercer avec mesure : sous la République, il est soumis au contrôle des censeurs. Le chef ne peut statuer seul que si la faute commise est légère, ou si le coupable est un esclave. Dans tout autre cas, l'affaire doit être portée devant le tribunal domestique, composé de parents et d'amis et présidé par le père.

(1) Ce pouvoir repose sur des coutumes antérieures à la fondation de la cité et confirmées par les lois royales. (Pap., *Collat.*, IV, 8. Cf. Gell., V, 19; Cic., *p. domo*, 29.) Vers la fin de la République, le caractère de ce pouvoir a été altéré : il a été réglementé par la loi. La *vitæ necisque potestas* s'est transformée en un *jus occidendi* qui n'est accordé que dans des cas déterminés (p. 136).

Les peines que peut infliger le chef de famille sont la mort, la vente à titre d'esclave pourvu qu'elle ait lieu à l'étranger (1), la relégation hors de Rome. La loi des Douze Tables a apporté une double restriction au pouvoir du père : elle défend l'infanticide, mais non l'exposition des enfants (2); elle retire au père le droit de juger son fils accusé de vol manifeste ou de haute trahison.

Maître de la maison, le chef a le droit d'utiliser les services des membres de la famille ou d'en disposer au profit d'un tiers. C'est un droit analogue à la propriété : il se transmet, comme elle, par mancipation; il est sanctionné par la même action, la revendication (3). La loi ne fait pas de différence à cet égard entre la femme, les enfants et les esclaves : ils sont tous considérés comme un objet de propriété et un instrument d'acquisition pour le chef de la famille. Les Romains expriment cette idée en disant qu'ils sont « dans la main » du maître (4).

Le *paterfamilias* a, d'après la coutume, des devoirs à remplir envers les personnes placées sous sa puissance; *pater* signifie protecteur. En cette qualité, il doit pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de la famille; assurer la perpétuité de la famille en contractant mariage.

§ 2. **Droit classique.** — La *patria potestas* ne se confond plus, comme à l'époque antique, avec la *potestas* du régime patriarcal. C'est un pouvoir consacré et défini par la loi. A côté de la puissance paternelle, il y a la *manus*, la puissance dominicale, le *mancipium*, le patronat, la propriété quiritaire.

Cette transformation est la conséquence du changement qui s'est produit dans l'organisation de la famille. La loi ancienne avait respecté l'autonomie du *paterfamilias* : chef de culte, magistrat domestique, maître de maison, le père de famille était souverain, sauf quelques restrictions établies dans l'intérêt public. Mais lorsque les chefs de famille perdirent le sentiment de leurs devoirs et qu'on vit se multiplier les abus, l'État ne se fit aucun scrupule de réglementer un pouvoir que les mœurs étaient impuissantes à contenir.

Le pouvoir du père de famille apparut dès lors comme une concession de la loi. C'est un droit au même titre que la propriété quiritaire, mais c'est un droit d'une autre nature : il a pour corrélatif des obligations. C'est là une idée nouvelle qui se fait jour à la fin de la République. Les rapports de famille donnent lieu à un ensemble de droits et d'obligations réciproques. Autrefois, le chef seul avait des droits : maintenant la femme et les enfants en ont aussi, de par la volonté de la loi.

1. Restrictions légales a la puissance paternelle. — Le père de famille, prêtre et magistrat, ne jouit plus à l'époque classique des pouvoirs étendus qu'il tenait des coutumes gentilices : la loi les a supprimés ou restreints. Elle l'a fait d'autant plus facilement que ces pou-

(1) Cic., *p. Cæc.*, 34; *de Or.*, I, 40.
(2) Tertull., *adv. nat.*, I, 15; Fest., v° *Lactaria columna*.
(3) Gaius, I, 134; III, 199; Pomp., *D.*, VI, 1, 1, 2.
(4) *Inst.*, I, 12, 6; Plin., *Ep.*, VIII, 18; Liv., III, 45; Ulp., *D.*, I, 1, 4. Dans la suite le mot *manus* a été réservé pour désigner le droit que le mari ou le père du mari acquiert sur la femme par *usus*, *confarreatio* ou *coemptio*.

voirs n'avaient plus d'appui dans les croyances religieuses ou dans les mœurs. Le scepticisme ou l'indifférence avait fait délaisser les cultes domestiques : on les considérait comme une charge dont on ne craignait pas de se débarrasser en la confiant à un esclave.

Chef du culte, le père ne peut plus à son gré désavouer l'enfant issu de son mariage et lui refuser l'entrée dans sa famille. Le père ne peut pas non plus exclure arbitrairement un enfant de la famille : le fils ne peut être émancipé contre sa volonté. Le père ne peut forcer son fils à contracter un mariage qui lui déplaît, ni briser le lien conjugal contre le gré des époux.

Magistrat domestique, le père a successivement perdu la plupart de ses attributions; à la fin de l'époque classique, il ne conserve qu'un pouvoir très affaibli. En matière criminelle, la juridiction du père est exclue par celle du magistrat de la cité dans tous les cas où une accusation publique est dirigée contre le fils (1).

Le pouvoir de vie et de mort du chef de famille fut restreint par la loi Pompeia : il fut retiré au grand-père sur ses petits-enfants; au mari ou au père du mari sur sa femme ou sur sa belle-fille (2). La loi Julia *de adulteriis* l'a conféré dans certains cas au père de la femme *in manu* (3). — Le père seul conserve ce pouvoir jusqu'au début du IIIe siècle (4), mais avec des restrictions (5); s'il en abuse, il s'expose à des poursuites criminelles ou, tout au moins, il est privé de son droit (6). Au IIIe siècle, le père n'a que le droit de correction; il ne peut sévir sans l'avis du gouverneur de la province, sinon il est contraint à émanciper son fils (7).

Protecteur de la famille, le père ne peut négliger de remplir ses devoirs sans s'exposer à une poursuite *extra ordinem*.

Maître de maison, le père ne peut plus disposer des membres de sa famille comme d'un objet de propriété : la mancipation volontaire des fils de famille a lieu le plus souvent pour la forme. Le père ne peut donner en gage son fils; le créancier qui l'accepte encourt la peine de la déportation (8). Le père ne peut non plus vendre son fils comme esclave. L'exposition des enfants est punie comme le meurtre (9). Enfin, si un père rappelle sa fille dans la maison paternelle contre le gré de son mari, celui-ci peut la réclamer par l'interdit *de uxore ducenda*.

2. Intervention de l'État pour assurer l'observation de certains devoirs

(1) Au VIIe siècle de Rome, cette accusation n'était admise qu'à titre subsidiaire, lorsque le chef de famille n'avait pas fait usage de son pouvoir de juridiction (Val. Max., VI, 3, 8). Dès les premières années de notre ère, c'est l'inverse qui a lieu : la juridiction domestique n'est compétente que si l'affaire n'a pas été évoquée devant les tribunaux publics. (Tac., *Ann.*, II, 50; XIII, 32. Suet., *Tib.*, 35.)

(2) Marc., *D.*, XLVIII, 9, 1 pr.

(3) Pap., *D.*, XLVIII, 5, 22, 1, 2; Paul, *Collat.*, IV, 2, 3.

(4) Paul, *D.*, XXVIII, 2, 11 : *Quos occidere licebat*; Val., Gall., *C.*, VIII, 47, 4; Diocl., IX, 1, 14; *C. Th.*, IV, 3, 6 pr.; IX, 15, 1.

(5) Macer., *D.*, XLIX, 16, 13, 6; Ulp., *D.*, XLVIII, 8, 2.

(6) Hadr., ap. Marc., *D.*, XLVIII, 9, 5. Trajan, ap. Pap., *D.*, XXXVII, 12, 5.

(7) Alex., *C.*, VIII, 46, 3. Pap., *loc. cit.*

(8) Gaius, I, 141; Diocl., *C.*, IV, 10, 12; 43, 1; VIII, 17, 6.

(9) Carac., *C.*, VII, 16, 1; Paul, V, 1, 1; II, 24, 10.

DE FAMILLE. — L'intervention de l'État dans les rapports de famille ne s'est pas seulement manifestée par les atteintes portées à la puissance du magistrat domestique : les empereurs ont voulu assurer l'observation des devoirs qui incombaient au chef de la famille, en vue de la perpétuer et de pourvoir à la nourriture et à l'entretien de ses membres.

a) *Lois d'Auguste sur le mariage.* — Au dernier siècle de la République, l'une des préoccupations des moralistes et des hommes politiques fut de rechercher le moyen d'arrêter le désordre qui régnait dans les mœurs. Ils étaient surtout frappés de la fréquence du célibat, de la diminution de la natalité. En 623, le censeur Métellus résolut d'user de ses pouvoirs pour forcer les citoyens à se marier, comme à l'époque antique, *liberorum quærendorum gratia* : cette tentative resta sans résultat (1). On eut alors la pensée d'accorder certaines faveurs aux chefs de familles ayant au moins trois enfants (2).

Auguste suivit d'abord l'exemple de Q. Metellus, et fit usage du pouvoir censorial : un édit prescrivit aux citoyens de se marier et de donner des défenseurs à la patrie. Cette mesure fut rapportée bientôt après (3). L'autorité morale du censeur était impuissante à réformer les mœurs; l'intervention du législateur parut nécessaire. La loi Julia *de maritandis ordinibus* facilita le mariage des personnes libres qui étaient sous la dépendance d'autrui : fils et filles de famille, affranchis.

1° La loi permit aux magistrats d'user de contrainte envers le père qui refuse à tort de consentir au mariage. La jurisprudence étendit cette règle à celui qui ne cherche pas à marier sa fille. La loi n'était sans doute applicable qu'en Italie : Sévère et Caracalla donnèrent la même compétence aux gouverneurs de provinces (4).

Tout chef de famille (5) est tenu de doter sa fille en puissance (6), lorsqu'un tiers ne l'a pas fait à sa place : l'obligation a un caractère subsidiaire (7). Vers la fin de l'époque classique, la portée de cette obligation fut modifiée : elle cessa d'être une conséquence exclusive de la puissance paternelle ; on l'imposa à la mère dans des cas exceptionnels (8), et au père vis-à-vis de sa fille émancipée (9). Les collaté-

(1) LIV., *Ep*., LIX ; SUET., *Aug*., 89.

(2) La loi Papia de 689 (?) les dispense de remettre leur fille si elle est choisie pour être vestale (CAPITO, ap. GELL., I, 12. 8); J. César, dans sa loi agraire de 695, propose d'attribuer le territoire si fertile de Capoue et de Stellata aux citoyens ayant au moins trois enfants lors du vote de la loi (SUET., *Jul*., 20; DIO, XXXVIII, 7. APP., *B. c.*, II, 10). C'est là l'idée première du *jus trium liberorum* accordé par la loi Papia aux femmes ingénues (GAIUS, III, 45). D'après la loi Julia *de provinciis* de 708, si plusieurs magistrats sont appelés simultanément à gouverner des provinces, celui d'entre eux qui est marié, ou qui a le plus d'enfants, a un droit de préférence pour le choix de sa province (DIO, XLIII, 25).

(3) PROP., II, 7; cf. MOMMSEN, *Strafr*. II, 417.

(4) MARC., *D*., XXIII, 2, 19. En Italie, le magistrat compétent devait être le consul. Arg. ULP., *D*., XXV, 3, 5, 8, extrait du lib. 21 *de officio consulis*.

(5) Même l'aïeul paternel : CELS., *D*., XXVII, 6, 6.

(6) *C*., V, 11, 7 : *Paternum officium*. ULP., *D*., XXXVIII, 1, 10 : *Pietas patris*. Cette obligation lui fut sans doute imposée par interprétation de la loi Julia (c. 35).

(7) NERAT., JUL., ap. ULP., *D*., XXIII, 3, 5, 6; 5, 9.

(8) DIOCL., *C*., V, 12, 14. On ne connaît pas la loi qui, au temps de Dioclétien, imposait à la mère cette obligation. La fin du texte a été peut-être ajoutée par Tribonien à cause de *C*., I, 5, 19, 3, relative à la fille orthodoxe.

(9) La loi Julia visait la fille *in potestate* (MARC., *loc. cit.*; JUL., *D*., XXIII, 3,

raux n'y furent pas soumis (1). Le père doit constituer à sa fille une dot convenable, eu égard à sa fortune, au nombre de ses enfants, au rang social du mari (2).

2° Pour faciliter le mariage des affranchis, la loi Julia leur fait remise de la promesse de ne pas se marier que le patron aurait pu exiger. Cette promesse est annulée, même si elle a été confirmée par un serment (3). Les femmes ne peuvent cependant se marier sans le consentement de leur patron; l'autorisation a pour effet de les dispenser de tous services pendant la durée du mariage (4).

3° La loi Julia supprima à plus forte raison les obstacles au mariage résultant, non plus de la puissance paternelle ou du patronat, mais de la volonté d'un tiers. Elle prévoit deux cas : legs fait sous la condition de ne pas se marier; legs fait par un mari à sa femme sous la condition de rester veuve. Dans le premier cas, la condition est réputée non écrite (5); dans le second, la femme peut réclamer le legs pourvu qu'elle se marie dans l'année, ou qu'elle fournisse la caution Mucienne (6).

4° Pour encourager au mariage les citoyens *sui juris*, les lois Julia et Papia Poppæa accordèrent une série de privilèges aux personnes mariées et à celles qui avaient des enfants, et frappèrent les célibataires de certaines incapacités en matière de succession.

b) *Obligation alimentaire.* — Le devoir du *paterfamilias* de pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de sa famille (7) a été rendu

44 pr.). Mais Justinien dit qu'une controverse s'était élevée *apud veteres* sur le point de savoir si la dot constituée par un père devait, dans le doute, être imputée sur les biens du père ou sur ceux de la fille. (*C.*, V, 11, 7.) Anciennement la fille émancipée seule pouvait avoir un patrimoine. Cf. Pap., *D.*, XXIII, 3, 5, 12, qui impute la dot sur les biens du père. Ulp., *eod*, 5, 11.

(1) Paul, *D.*, XXVI, 7, 12, 3. On ne saurait conclure de ce texte que les frères ou sœurs consanguins sont tenus de l'obligation de doter : l'argument *a contrario* serait insuffisant.

(2) Pap., *D.*, XXIII, 3, 69, 4. Lab., ap. Cels., *D.*, XXXII, 43. Si la dot périt durant le mariage, le père n'est pas tenu de doter sa fille à nouveau : les risques ne sauraient être à sa charge. En cas de secondes noces, le devoir du père subsiste, si sa fille est toujours en sa puissance : il constituera à nouveau la dot qu'il a recouvrée à la dissolution du premier mariage (cf. Pomp., *D.*, XXIV, 3, 4; Jul., *eod.*, 32; Ulp., *eod.*, 37). Il en est autrement si la fille n'est plus en puissance. Le père a rempli son devoir en la dotant une première fois; la fille, qui a fait rentrer cette dot dans son patrimoine, n'a d'ailleurs plus besoin de faire appel à l'*officium paternum*. Cf. sur cette question controversée : Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, 1871, I, 244. — L'obligation de doter n'existe plus aujourd'hui : C. civ. 204.

(3) Paul, *D.*, XXXVII, 14, 6, 4.

(4) P. 106. Alex., *C.*, VI, 6, 2. Cels., *D.*, XXXVIII, 1, 30, 1. La femme affranchie, dont le patron est impubère, peut demander un tuteur spécial pour se constituer une dot (Gaius, I, 178).

(5) Jul., *D.*, XXXV, 1, 22; Pap., *eod.*, 74. V. cep. Gaius, *D.*, XXXII. 14.

(6) L'une et l'autre condition ont été supprimées par Justinien, *C.*, VI, 40, 2 et 3; *Nov.*, 22, c. 43. La loi Miscella (= *Satura*), dont il parle, n'est autre que la loi Julia *de maritandis ordinibus*.

(7) La question s'est posée dans le cas où il laisse pour héritier son fils impubère sans rien léguer à sa femme mariée *sine manu* : le tuteur peut-il, sans engager sa responsabilité, fournir des aliments à la mère de son pupille? Le juge de l'action de tutelle doit apprécier si le tuteur n'a pas dépassé les limites convenables eu égard à la fortune du pupille, s'il doit fournir des aliments à la mère (Lab., ap. Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 4) ou à la sœur du pupille. Jul., *eod.*, 1, 2; XXVII, 2, 4. Gai., *D.*, XXVI, 7, 13, 2. Paul, *eod.*, 12, 3. L'obligation alimentaire entre collatéraux ne paraît pas avoir été confirmée par les Antonins.

indépendant de la puissance paternelle et de l'agnation; il est réciproque. L'observation en est assurée *extra ordinem* par les magistrats.

L'obligation alimentaire a désormais pour fondement l'équité, les liens du sang. D'abord restreinte entre l'enfant en puissance et ses ascendants paternels, elle fut étendue à l'enfant émancipé, à la mère et aux ascendants maternels (1). Vis-à-vis de la mère, elle s'exerce surtout à l'égard de ses enfants naturels (2).

L'obligation alimentaire est intransmissible; mais en cas d'extrême pauvreté, les héritiers du fils doivent des aliments au père (3).

Le montant de l'obligation est déterminé par le magistrat d'après les besoins et le rang social de l'ayant droit et la fortune du débiteur (4). En cas de refus de fournir des aliments, le magistrat use de son droit de coercition : il prend des gages et les fait vendre, s'il y a lieu (5). — Pour le legs d'aliments, p. 328, 4; 788.

§ 3. **Bas-Empire. — La** législation du Bas-Empire a fait disparaître les derniers vestiges du pouvoir de vie et de mort du père et de son droit de disposer de ses enfants. Le père n'a plus que le droit de correction (6). Le *jus vitæ necisque,* supprimé au IIIe siècle, s'exerçait encore au mépris de la loi, à l'égard des enfants nouveau-nés : la misère poussait les parents à les exposer dans un lieu public ou à les faire périr; les magistrats hésitaient à appliquer la peine de mort. Constantin porta remède à cette situation : dès l'an 315, il ordonne de fournir à tous les Italiens, qui sont dans l'impossibilité d'élever leurs enfants, des aliments et des vêtements aux frais du fisc et du domaine privé (7); en 322, il étend cette disposition à l'Afrique. En 329, pour alléger la charge qu'elle imposait au fisc, il autorise la vente des nouveau-nés par leurs parents en cas d'extrême misère (8), avec faculté de les reprendre en remboursant le prix (9). En 331, il permet à ceux qui recueillent un enfant exposé et l'élèvent à leurs frais d'acquérir sur lui, à leur choix, la puissance paternelle ou dominicale (10).

En présence des mesures prises pour ôter aux parents tout prétexte,

(1) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXV, 3], 5 pr.; Jul., *D.*, XXVII, 2, 4; Ant. P., M. Aur., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 5-7, 9, 11, 14, 17; Paul, *D.*, III, 5, 33; *C.*, V, 25, 1-3.

(2) Ulp., *h. t.*, 5, 4; 5, 6. Vis-à-vis du père, l'enfant légitime a seul droit à des aliments.

(3) Ulp., *eod.*, 5, 17.

(4) *Ibid.*, 5, 7 et 11. Sur le sens du mot aliment, cf. Jav., *D.*, XXXIV, 1, 5; Ulp., *h. t.*, 5, 12 et 16. Cf. C. civ. 205-211.

(5) *Ibid.*, 5, 10. Le magistrat compétent était à Rome l'un des consuls : le commentaire d'Ulpien est extrait de son livre II *de officio consulis*. En dehors du cercle de la famille, les constitutions imposent l'obligation alimentaire aux affranchis vis-à-vis de leur patron. Le préfet de la ville à Rome, les gouverneurs dans les provinces sont chargés de connaître des réclamations formées par les patrons (p. 103). Réciproquement le patron doit des aliments à ses affranchis dans le besoin. Mod., *D.*, XXXVIII, 2, 33; *h. t.*, 6 pr. Cf. Paul, *D.*, XXVI, 7, 12, 3.

(6) Valent., Val., *C. Th.*, IX, 13, 1; *Inst.*, IV, 8, 7. Cf. C. civ. 375-382.

(7) Cf. Lactance, *Divin. Inst.*, VI, 20.

(8) *C. Th.*, XI, 27, 1-2; V, 8, 1; *C.*, IV, 43, 2; cf. Ambros., *De Nabuthe*, V, 21.

(9) *Vat. fr.*, 34. Théodose II excepte le cas où l'enfant aurait, par son travail, dédommagé celui qui l'a élevé : *C. Th.*, III, 3, 1.

(10) *C. Th.*, V, 7, 1. Cette décision, bien dure pour les enfants libres de naissance, fut corrigée par Justinien : l'enfant est toujours libre et ingénu. *C.*, VIII, 52, 3.

la loi put se montrer rigoureuse à l'égard du père qui tue son enfant : Constantin le soumit à la peine du parricide. En 374, Valentinien Ier fit une distinction entre le meurtre d'un nouveau-né et celui d'un enfant adulte; l'infanticide devint un crime spécial, qui fut puni, non plus comme un parricide, mais comme un homicide; la circonstance aggravante résultant de la parenté fut écartée (1).

II. Condition des membres de la famille.

L'organisation de la puissance paternelle dans le régime patriarcal a pour conséquence l'incapacité des membres de la famille. Le fils, la femme *in manu,* l'esclave ne peuvent rien avoir en propre (2). Ils n'ont pas de patrimoine; ils ne peuvent ni s'obliger, ni ester en justice. La concentration des forces était une nécessité imposée par les exigences du régime agricole. Mais le développement du commerce et de l'industrie fournit aux fils de famille et aux esclaves l'occasion d'affirmer leur mérite personnel, leur esprit d'entreprise : ici, l'individu apparaît au premier plan.

L'incapacité des membres de la famille a reçu de bonne heure une double atténuation : l'une dans l'intérêt du maître (faculté de figurer dans un acte juridique), l'autre dans leur propre intérêt (concession d'un pécule).

Au début de l'Empire, le mouvement de réaction contre l'antique organisation de la famille s'accentue. Il modifie la situation du fils de famille quant aux droits du patrimoine et aux droits de famille, celle de l'esclave quant aux premiers seulement. Il acquiert une intensité particulière quant aux fils de famille militaires.

§ 1er. **Droits de famille.** — La situation du fils de famille est à plusieurs égards modifiée : 1° Sa volonté est un élément essentiel à la formation de son mariage; le consentement du père n'est plus qu'une condition de validité; 2° le consentement du fils est nécessaire pour le mariage ou pour l'adoption d'un petit-fils *quasi ex filio natus;* 3° le fils de famille peut avoir la *manus* sur sa femme; 4° le devoir de protection, qui anciennement incombait au chef de la famille, est désormais imposé au fils vis-à-vis de ses enfants : le fils de famille est tenu de les défendre en justice; il doit aussi doter sa fille (3).

Le fils de famille chargé d'une tutelle reste tuteur malgré son émancipation : c'est une conséquence de la doctrine nouvelle qui considère la tutelle comme une charge publique. La *capitis deminutio minima* n'a aucune influence : le fils est tenu de l'action directe de tutelle pour la gestion postérieure à l'émancipation (4).

(1) *C. Th.*, IX, 15, 1; 14, 1. Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 492.
(2) Gaius, II, 87.
(3) Jul., ap. Ulp., *D.*, III, 3, 8 pr.; XLVII, 10, 17, 18. Cels., *loc. cit.*
(4) La question fut souvent débattue entre Sabiniens et Proculiens (Pap., *D.*, XXVI, 7, 37, 2). Les Sabiniens tournaient la difficulté par un procédé analogue à celui qu'ils employaient pour les legs de rente viagère : au lieu de considérer la gestion comme formant un seul tout, ils la décomposaient en autant d'actes distincts de gestion qu'il y avait d'opérations faites par le tuteur. (Pap., *eod.*, 37 pr.) Julien a écarté cet expédient (ap. Ulp., *D.*, XXVII, 3, 11.)

§ 2. **Droits du patrimoine.** — Le fils de famille et l'esclave continuent à aider le père dans ses travaux, mais ils sont souvent chargés de conclure pour lui des actes juridiques, ou investis de missions de confiance comme procurateurs, maîtres de navire, gérants d'une maison de commerce, administrateurs d'un pécule. Cette façon nouvelle d'utiliser les services du fils et de l'esclave n'a pas été sans influer sur leur condition sociale aussi bien que sur leur condition juridique :

1° Ils acquièrent une certaine indépendance, surtout appréciable dans le cas où ils sont autorisés à faire le commerce ou à exercer une industrie pour leur compte personnel, et à garder le produit de leur travail comme un patrimoine distinct de celui du père.

2° Les membres de la famille peuvent figurer dans un acte juridique d'acquisition : on les autorise à emprunter la capacité de leur chef (1). Cette règle était fort utile à une époque où la conclusion d'un acte juridique exigeait la présence des parties : le maître pouvait se faire remplacer par son fils ou par son esclave. L'acquisition a toujours lieu à son profit, alors même que l'acte a été fait à son insu ou contre son gré (2). Mais si l'acte n'est pas purement acquisitif, s'il est susceptible d'entraîner des charges, comme l'adition d'une hérédité, il ne peut être accompli sans l'ordre du maître. Il ne dépend pas du fils ou de l'esclave d'obliger le chef de famille : une seule exception a été admise pour les délits qui donnent lieu à un abandon noxal.

3° La volonté du fils ou de l'esclave n'est plus indifférente aux yeux du droit : pour interpréter un contrat de vente conclu par un fils ou un esclave, on doit rechercher quelle a été la pensée du fils ou de l'esclave et non celle du père (3). Il en est de même pour l'acquisition de la possession dans l'intérêt du pécule (4).

4° Le fils de famille est capable de s'obliger par contrat et d'ester en justice comme défendeur. Il peut même ester en justice comme demandeur, bien qu'il n'ait pas de droit propre. *a)* Cette faveur fut d'abord accordée en matière de délits. Lorsqu'un tort a été commis par un tiers au préjudice d'un fils de famille, s'il y a urgence et que le père ne soit pas en état d'agir lui-même, on autorise le fils à exercer une action utile (5) en vertu d'un mandat présumé; mais la somme qu'il reçoit est acquise à son père. *b)* Certaines actions sont accordées au fils en son nom personnel : l'action d'injures, l'interdit *quod vi aut clam* (6), les actions de dépôt et de commodat (7); mais le fils n'est autorisé à agir

(1) Jul., *D.*, XXXIX, 2, 42; *Inst.*, III, 19, 13.
(2) Jul., *D.*, XXIII, 3, 46 pr.; XLV, 1, 62; Gaius, *D.*, XLI, 1, 32.
(3) Pomp., *D.*, XVIII, 1, 12. Il ne faut pas considérer le fils comme étant le porte-voix du père, ce que semble dire Justinien (*Inst.*, III, 19, 4.)
(4) Sab., Cass., Jul., ap. Paul, *D.*, XLI, 2, 1, 5.
(5) Cette dérogation à la règle : *Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet* (Paul, *D.*, XLIV, 7, 7) fut acceptée sur l'autorité de Julien (Paul, *l. c.*; Ulp., *D.*, V, 1, 18, 1.) Elle s'appuie sur un précédent admis par le Préteur pour l'action d'injures. Ulpien applique la même règle aux actions contractuelles, mais son opinion rencontra des contradicteurs qui, sans doute à l'exemple de Scævola, accordaient seulement au fils un *extraordinarium judicium*. Ulp., *D.*, XII, 1, 17.
(6) Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 24, 13, 1.
(7) Jul., ap. Paul, *D.*, XLIV, 7, 9. Ulp., *D.*, XVI, 3, 19. Cf. C. Civ., 1293.

en justice que si le père est absent ou empêché (1). La jurisprudence lui a permis d'exercer l'action d'injures dans certains cas où le père n'est pas empêché d'agir (2), mais s'abstient de venger l'injure faite à son fils, ou bien encore lorsque le *procurator* du père peut être accusé de négligence, de collusion ou d'insuffisance. On lui permet également de renoncer à son action sans préjudice du droit appartenant au père (3).

Dans les cas où le fils est autorisé à agir *suo nomine*, on ne le considère pas comme titulaire du droit : on lui fournit simplement le moyen d'écarter les inconvénients de la règle qui réserve au père l'exercice de toutes les actions. Le fils peut sans délai venger son honneur, réprimer la violence dont il a souffert, obtenir à première réquisition la restitution d'un dépôt, à l'expiration du délai convenu la remise de l'objet prêté à usage. Le droit d'action du fils a un caractère subsidiaire. — Tout autre est la situation du fils par rapport à la plainte d'inofficiosité : ici le droit lui appartient en propre et le père ne peut le faire valoir qu'au nom de son fils et avec son assentiment (4). Mais l'émolument de la succession appartient au père, d'après le droit commun.

Les droits, qui sont acquis au père en considération du fils, ne sont pas traités comme faisant partie de son patrimoine : ils s'éteignent au décès du père. Exception est faite lorsqu'il y a intérêt à conserver au fils le bénéfice de ces droits, par exemple pour l'action d'injures : le fils émancipé, institué pour partie, exhérédé ou qui s'est abstenu, en conserve l'exercice à l'exclusion des héritiers du père (5). De même, on lui conserve le bénéfice des actes dont la réalisation a été reportée au moment de l'extinction de la puissance paternelle (6).

c) Il y a certains droits qui passent au fils à défaut d'une vocation héréditaire : tels sont ceux qui résultent d'une donation qui lui a été faite par son père alors qu'il était encore en puissance. Cette donation devrait être nulle; c'est comme si le père se donnait à lui-même. Mais au IIIe siècle, on la considère comme valable lorsque la volonté de donner a persisté jusqu'à l'extinction de la puissance paternelle; on transforme cette donation en une donation à cause de mort (7).

(1) Ulp., *D.*, XLVII, 10, 17, 10. L'édit sur l'injure vise le cas où le père est absent et n'a pas de *procurator*. Il y avait un précédent dans la loi Cornelia *de injuriis* qui donne le droit de poursuite à la partie lésée sans distinguer si c'est ou non un chef de famille. (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 5, 7.)

(2) Hadrien permet au fils d'intenter l'accusation d'adultère contre sa femme, malgré la volonté de son père. Pap., *D.*, XLVIII, 5, 6, 2.

(3) Ulp., *D.*, XLVII, 10, 17, 13 et 15; Gaius, *D.*, II, 14, 30 pr.

(4) Pap., ap. Ulp., *D.*, V, 2, 8 pr.

(5) Jul., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 10, 17, 22. Il en est de même de l'action *furti* donnée au fils en raison d'un vol dont il a été victime du vivant de son père; de l'action *mandati contraria* donnée au fils comme action utile en raison d'un mandat accepté durant la puissance paternelle, mais exécuté après son extinction. (Ulp., *D.*, XVII, 1, 12, 6.) Cette action est refusée au père. (Afr., *D.*, XXVIII, 5, 46.)

(6) Celsus, contrairement à Servius et à Labéon, accorde au père, même exhérédé, le droit de réclamer la dot constituée à sa fille par le grand-père, parce que c'est en sa considération que la dot a été donnée (*D.*, XXXVII, 6, 6.)

(7) Sev., Car., *Vat. fr.*, 295 (an. 210). Val. Gall., *C. Greg.*, III, 6, 2 : *Juxta formam constitutam... indubitati juris est* (an. 260); III, 29, 2 (an. 256).

§ 3. **Les pécules.** — Il était d'usage de concéder aux membres de la famille certains objets qui formaient leur *pécule*. Anciennement, à l'époque où la richesse consistait en troupeaux, le pécule se composait de quelques têtes de petit bétail (1). Dans la suite, on y comprit les parures que l'on donnait aux femmes, la pension qu'on leur servait par mois ou par an, ainsi qu'aux fils et aux filles (2), les gratifications accordées aux esclaves. Le pécule de l'esclave était souvent le fruit de ses épargnes (3).

Au dernier siècle de la République, le pécule est un ensemble de biens dont le chef de famille confie la gestion à son esclave ou à son fils pour l'administrer en son nom. Les objets qui composent le pécule sont considérés en fait comme appartenant au fils ou à l'esclave.

La concession d'un pécule modifie la situation du fils ou de l'esclave au point de vue social et au point de vue juridique : elle assure leur indépendance économique (4), elle leur confère une personnalité juridique; au lieu d'avoir une capacité d'emprunt, ils deviennent, dans de certaines limites, sujets de droit. C'est là une grave innovation par rapport au droit antérieur : la jurisprudence l'a réalisée en donnant au pécule le caractère d'un patrimoine distinct de celui du maître, et appartenant en fait (5) au fils ou à l'esclave. C'est une des constructions les plus remarquables du droit romain.

1. Notion du pécule. — Deux faits ont conduit les Prudents à s'occuper des pécules : l'usage de léguer le pécule (6) et surtout l'édit autorisant les créanciers, qui traitent avec le fils ou l'esclave, à poursuivre le maître jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. Dans ces deux cas, il était nécessaire de définir le pécule, d'en fixer la composition, de décider s'il fallait y comprendre les créances de l'esclave contre son maître et en déduire les sommes dont il était débiteur. La question fut résolue par un contemporain de Cicéron : d'après Q. Ælius Tubero, le pécule comprend les valeurs que l'esclave est autorisé par son maître à posséder séparément, déduction faite des dettes dont il peut être tenu envers lui ou envers les personnes placées sous sa puissance (7). Dès lors le pécule n'est plus une simple collection d'objets corporels : c'est une sorte de patrimoine (8).

(1) Ulp., *D.*, XV, 1, 5, 3; cf. Varr., *l. l.*, V, 19; *R. r.*, I, 17.
(2) Sen., *de clem.*, I, 15; Atilic., ap. Ulp., *D.*, XXXIII, 8, 6, 4.
(3) *Pusilla pecunia* : Ulp., *D.*, XV, 1, 5, 3. L'esclave a bien des occasions de faire des économies : son maître l'autorise à louer ses services pour son propre compte à charge de lui payer une somme fixe; il lui loue un fonds de terre à charge de le cultiver, moyennant un loyer. Alf., *D.*, XL, 7, 14 pr.; XV, 3, 16; Ulp., *D.*, XXXIII, 7, 12, 3; Scæv., *eod.*, 20, 1. Cf. *Veteres*, ap. Marc., 40, 1.
(4) On jugera de l'importance de certains pécules par quelques exemples : un oculiste paya pour obtenir son affranchissement 60 000 sesterces (*CIL*, XI, 5400); un esclave de Tibère, *dispensator ad fiscum Gallicum* de la Lyonnaise, avait près de lui, à son décès à Rome, 16 esclaves *vicarii* (*CIL.*, VI, 5197); sous Trajan, les carrières de porphyre d'Égypte étaient affermées à un esclave (*CIGr.*, 4713).
(5) Il y a un cas où le pécule du fils est considéré, en droit, comme son patrimoine : on ne peut y toucher lorsque les biens du père sont saisis par le fisc. Ulp., *D.*, IV, 4, 3, 4 *in fine*.
(6) Treb., ap. Lab., *D.*, XXXIII, 8, 22, 1.
(7) Cels., ap. Ulp., *D.*, XV, 1, 5, 4; Serv., ap. Ulp., *eod.*, 9, 3.
(8) Paul, *h. t.*, 47, 6 : *Quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelli-*

1° Comme le patrimoine, il est attaché à la personne de son titulaire : il prend fin à sa mort (1). Mais en cas d'émancipation ou d'affranchissement entre vifs, il se transforme de plein droit en patrimoine par cela seul qu'il n'est pas retiré (2). 2° Il comprend un actif (3) et un passif (4). 3° Son existence est indépendante des variations qu'il subit dans sa composition. Serait-il réduit à rien, l'action *de peculio* n'en est pas moins susceptible d'être exercée (5) : c'est la conséquence extrême de la notion du pécule, et la preuve qu'il ne se confond pas avec les éléments qu'il renferme. Papirius Fronto le compare à un organisme vivant, à un être humain qui naît, croît, décroît et meurt (6). 4° L'esclave ne peut avoir qu'un pécule, de même que le *paterfamilias* ne peut avoir qu'un patrimoine. L'unité du pécule est admise soit pour l'esclave qui appartient par indivis à deux maîtres (7), soit pour l'esclave grevé d'un usufruit (8) ou pour l'esclave dotal (9).

L'analogie avec le patrimoine n'est pas complète : 1° le pécule appartient à une personne incapable d'être un sujet de droit. Cette personne en a la détention, l'usage et même généralement l'administration; mais en droit, le pécule n'est qu'une portion du patrimoine du maître. Aussi l'affectation du pécule aux intérêts particuliers de l'esclave n'a-t-elle lieu que par la volonté du maître; elle cesse lorsqu'il change d'avis (10). Le maître peut retirer le pécule quand il lui plaît comme un précaire, sous la réserve du droit des tiers qui ont traité avec le concessionnaire. Ils sont protégés contre un retrait dolosif par une clause de l'Edit, et contre tout autre mode d'extinction par la faculté d'exercer l'action *de peculio* pendant l'année subséquente. Les créanciers du maître peuvent

gitur. Le pécule comprenait, au temps de Cicéron, un actif et un passif. Il dut y avoir des difficultés pour réaliser la vente ou le legs *per vindicationem* d'un esclave avec son pécule (PLAUT., *Trin.*, 4, 31; VARR., *R. r.*, II, 10), le legs de pécule à un esclave affranchi; il s'agissait de transmettre les créances et les dettes, d'appliquer un legs *p. v.* à des droits non susceptibles de dation. Les jurisconsultes postérieurs trouvèrent le moyen de lever ces difficultés. PAUL, *D.*, XXXIII, 8, 5; PAP., *eod.*, 19, 1; MARC., *eod.*, 18.

(1) POMP., *D.*, XV, 2, 3.

(2) *Vat. fr.*, 260, 261; PAUL, *h. t.*, 53.

(3) Dans l'actif figurent toutes les valeurs qui comptent dans un patrimoine, mais rien que ces valeurs : l'argent reçu en dépôt est exclu. AFR., *h. t.*, 38; JAV., *D.*, XLI, 2, 24.

(4) ULP., *h. t.*, 7, 4; LAB., 7, 5; *D.*, XXXIII, 8, 6, 1.

(5) PROC., PEGAS., ap. ULP., *h. t*, 30 pr. La poursuite n'est efficace que si, lors du jugement, des valeurs sont entrées dans le pécule. (*D.*, XXXIII, 8, 11.)

(6) Ap. MARC., *h. t.*, 40 pr.

(7) Si un *servus communis* reçoit un pécule de chacun de ses maîtres, ces deux pécules n'en font qu'un : 1° le créancier de l'esclave peut poursuivre *de peculio* l'un quelconque de ses maîtres; 2° la valeur du pécule se calcule en tenant compte de ce qui provient des deux maîtres (GAIUS, *h. t.*, 27, 8). Celui des maîtres qui n'est pas poursuivi doit tenir compte de ce qui a été payé à sa décharge.

(8) Cet esclave peut avoir reçu un pécule du nu propriétaire et un autre de l'usufruitier. En fait ces deux pécules sont séparés; en droit ils n'en font qu'un : l'usufruitier peut être poursuivi en raison d'un contrat conclu par l'esclave relativement au pécule constitué par le nu propriétaire. ULP., *h. t*, 19, 1.

(9) L'esclave dotal peut recevoir un pécule de chacun des époux : du mari, comme propriétaire, de la femme en raison de son droit éventuel à la restitution de la dot. Ces deux pécules n'en font qu'un : le mari peut être poursuivi *de peculio* pour les contrats conclus dans l'intérêt du pécule constitué par la femme. Si plus tard la femme réclame sa dot, il retiendra ce qu'il a payé. ULP., *h. t.*, 19, 1.

(10) PED., ap. ULP., *h. t.*, 7, 3 : *Hoc totum ex domini constitutione pendet.*

saisir le pécule; ses héritiers le recueillent dans sa succession. 2° A la mort de l'esclave, le pécule revient au chef de famille (1). Le pécule s'éteint également par l'affranchissement ou l'aliénation de l'esclave. 3° Le passif du pécule ne comprend pas toutes les dettes de l'esclave, mais seulement celles dont il est tenu envers le chef de famille. Ce qui reste de l'actif est payé aux tiers, créanciers du pécule, dans l'ordre où ils se présentent.

2. Formation du pécule. — Aucune solennité n'est requise, mais, en général, il faut la réunion de deux conditions : la remise d'une valeur, la volonté du chef de famille.

La première condition est remplie, soit par une tradition pour les choses corporelles qui n'étaient pas déjà aux mains de l'esclave, soit par l'attribution de créances que le chef de famille avait contre des tiers (2). La seconde condition paraît n'avoir pas été rigoureusement exigée par les *veteres* (3). Lorsque le Préteur eut rendu le maître responsable *de peculio,* le pécule ne put se former dans les cas où le maître était incapable de volonté, comme un impubère. L'*auctoritas* du tuteur restait ici inefficace.

Le pécule, une fois constitué, peut s'accroître sans l'intervention du maître et même sans celle du titulaire du pécule : tel est le cas des accroissements provenant *ex re peculiari* (4).

3. Droits du titulaire du pécule. — Le concessionnaire d'un pécule est, en cette qualité, autorisé à faire tous les actes qui ne portent pas atteinte directement au droit du père de famille. Il peut se servir de la chose, la consommer, la remettre à un tiers en dépôt ou commodat (5). Mais il ne peut faire ni une donation (6), ni un affranchissement (7). Ordinairement, en concédant le pécule, le chef de famille donne le pouvoir de l'administrer : mais ce sont deux actes distincts (8) exigeant une manifestation spéciale de volonté (9). Le pouvoir d'administrer est nécessaire pour tout acte impliquant le transfert d'un droit ou la renonciation à un droit compris dans le pécule (10).

(1) Cf. *Inst.*, II, 12 pr. *in fine*. Certains maîtres respectaient les dernières volontés de leurs esclaves : Plin., *Ep.*, VIII, 16.

(2) Paul, *h. t.*, 8; Pomp., 4, 1 : *Re, non verbis, peculium augendum est.* Jul., 16.

(3) Tubero, *l. c.*; Florent., *h. t.*, 39. Ap. Marc., *h. t.*, 40, 1.

(4) Fruits, croît des animaux, part des esclaves. (Pomp., *D.*, XV, 2, 3); profit résultant de l'exercice d'une action *ex stipulatu duplæ*. (Ulp., *h. t.*, 7, 6; 9, 1.)

(5) Jul., *D.*, XLIV, 7, 16.

(6) Jul., *D.*, II, 14, 28, 2; Ulp., *D.*, XXXIX, 5, 7 pr., à moins qu'il n'y ait une juste cause : 7, 1-3. La fille peut se constituer une dot sur son pécule : Pomp. *D.*, XXIII, 3, 24.

(7) Mod., *D.*, XXXVII, 14, 13.

(8) Ulp., *h. t.*, 7, 1. Diocl., *C.*, IV, 26, 10. Cf. Jul., *D.*, XIV, 6, 3, 2. Un tuteur ou un curateur peut conférer le pouvoir d'administrer bien qu'il ne puisse concéder un pécule : Ulp., *h. t.*, 24. Le pouvoir d'administrer peut être retiré ou prendre fin alors que la concession du pécule conserve son effet : mort ou folie du chef de famille, fuite, vol de l'esclave. (Ulp., *h. t.*, 24; Paul., 48 pr.)

(9) Il y a là une singularité dont les textes ne donnent pas l'explication. A quoi bon faire du pécule un patrimoine distinct de celui du maître, si le titulaire n'a pas le pouvoir de l'administrer? Peut-être a-t-on voulu, par une concession spéciale de l'administration, accorder au titulaire une certaine indépendance juridique.

(10) Payement (Pomp., *D.*, XXIII, 3, 24; Proc., *D.*, XLVI, 3, 84); pacte de remise (Gaius, *D.*, II, 14, 28, 2); novation (Gaius, *D.*, XLVI, 2, 34 pr.); constitution de dot

4. Effets des actes d'acquisition ou d'obligation accomplis par le titulaire du pécule. — 1° Le concessionnaire d'un pécule reste un instrument d'acquisition pour le chef de famille. Ses acquisitions ne profitent au pécule que si l'acte a été fait en vue du pécule *(ex causa peculiari)* (1). Quant à la possession, par une dérogation au droit commun, elle est acquise au chef de famille *ex re peculiari*, même à son insu (2) : il suffit que les conditions exigées pour son acquisition soient réunies en la personne de l'esclave. Le pécule est, ici, considéré par le droit comme le patrimoine de l'esclave. 2° D'après l'édit du Préteur, les obligations contractées par le concessionnaire d'un pécule donnent lieu à un recours contre le chef de famille.

5. Extinction du pécule. — Le pécule s'éteint au gré du maître par le retrait de l'autorisation *(ademptio peculii)*, par la mort du titulaire ou du concédant (3).

6. Pécule du *vicarius*. — L'une des conséquences les plus remarquables de la personnalité attribuée à l'esclave administrateur d'un pécule, consiste dans la faculté qu'il a de concéder à son tour un pécule à ses vicaires (4).

On appelle *vicarius* le suppléant (5) d'un esclave chargé par son maître d'un service déterminé *(ordinarius)* (6) et, dans un sens plus large, tout esclave compris dans un pécule *(servus peculiaris)* (7). Bien qu'en droit les esclaves vicaires soient la propriété du chef de famille, en fait on les considère comme appartenant au *servus ordinarius* (8). Traité comme le maître de ses vicaires, l'*ordinarius* a sur eux un certain pouvoir disciplinaire ; il doit veiller sur leur conduite, les empêcher de commettre des délits (9). Les vicaires lui doivent obéissance (10).

Le pécule du vicaire n'est au regard du maître qu'une partie du pécule de l'*ordinarius* (11) ; mais on a fini par dégager la personnalité

(Pomp., *l. c.*); prêt (Ulp., *D.*, XII, 1, 11, 2); vente (Venul., *D.*, XLIV, 3, 15, 3); hypothèque (Paul, *D.*, XII, 6, 13 pr.).

(1) Les successions ou legs laissés à l'esclave ne profitent au pécule que par la volonté du chef de famille. Arg. Ulp., *D.*, XXXVI, 2, 5, 7; *Nec obstat* Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 5. Cf. Mandry, II, 125.

(2) Pap., *D.*, XLI, 2, 44, 1. Cf. Riccobono, *Sav. Z.*, XXXI, 387.

(3) Pomp., *h. t.*, 4 pr. ; Paul., 8.

(4) Cels., *h. t.*, 6. Labéon exigeait la permission du maître.

(5) Le *vicarius* peut aussi appartenir en commun au maître et au *servus ordinarius* (Treb., ap. Lab., *D.*, XXXIII, 8, 22, 1). Parfois le maître avançait de l'argent à son esclave pour qu'il achetât un vicaire. Jul., *h. t.*, 77, 1. Cf. Brisson, *de V. S.*; Erman, *Servus vicarius*, 1896, p. 403.

(6) Sen., *De ben.*, III, 28, 4. Cf. Suet., *Galba*, 12. Ailleurs (*Ep.*, 110, 1) Sénèque oppose l'*ordinarius* à celui qui est *inferioris notæ*. L'*ordinarius* avait sous ses ordres le *mediastrinus*. Hor., *Ep.*, I, 14, 14; Col., I, 9, 3; II, 12, 7; Plin., *H. n.*, XIX, 4; Ulp., *D.*, XLVII, 10, 15, 44.

(7) Cic., *in Verr.*, 1, 36, 93 ; III, 38, 86; Proc., ap. Ulp., *eod.*, 17.

(8) Lui seul peut affranchir ou autoriser l'affranchissement du *vicarius* (Alex., C., VII, 11, 2.) Quelques inscriptions donnent à l'*ordinarius* le titre de *patronus*; c'est un abus de langage. (Cf. Erman, p. 460, 466.) C'est le maître qui devait être cité devant le préfet de la ville lorsque le vicaire était maltraité.

(9) Paul, *D.*, IX, 4, 19, 2. On ne peut lui reconnaître le pouvoir de vie et de mort qui porterait atteinte au droit du maître.

(10) Plaut., *Pers.*, II, 4, 2; Hor., *Sat.*, II, 7, 9. Il en serait autrement s'il leur ordonnait de s'enfuir avec lui : Cœl., (cos. 69) ap. Ulp., *D.*, XXI, 1, 17, 7.

(11) Serv., ap. Ulp., *h. t.*, 17.

du *vicarius* et par considérer son pécule comme distinct de celui de l'*ordinarius* (1).

7. Pécule des militaires. — La personnalité du fils de famille se dégage ici plus nettement : quant à ce pécule, le fils est traité comme un chef de famille (2). Le point de départ de cette doctrine est dans une constitution d'Auguste, qui accorde aux fils de famille militaires le droit de disposer par testament de ce qu'ils ont acquis au service. Ce privilège, renouvelé par Titus, Domitien et Nerva, devint permanent à partir de Trajan (3). Il fut admis d'autant plus aisément qu'il ne s'agissait pas d'une acquisition normale de la propriété : on ne pouvait sans exagération invoquer ici le principe que le fils est un instrument d'acquisition pour son père.

Hadrien a étendu ce privilège : 1° il l'accorde aux vétérans qui ont reçu un congé honorable; 2° il y joint le droit d'affranchir entre vifs les esclaves dépendant du pécule (4). Plus tard, il attribue au fils, sur cet affranchi, les droits de patronat (5) ; 3° il accorde au fils le droit de tester sur l'hérédité que sa femme lui a laissée par testament (6). On en fit autant au IIIe siècle pour tous les biens acquis par le fils à l'occasion du service : donations mobilières reçues en entrant au service, libéralités de toutes sortes faites durant le service par ses parents ou ses cognats, successions de ses compagnons d'armes. L'ensemble de ces biens forme le *peculium castrense*.

Appuyée sur les dispositions qui précèdent, la jurisprudence a cherché à déterminer la situation respective du père et du fils relativement à ce pécule. De ce que le fils a le droit de tester sur son pécule, elle a conclu : 1° que le père ne peut lui enlever ni l'administration ni la jouissance des biens qui le composent, ni les aliéner, ni troubler la possession du fils (7) ; 2° que les créanciers du père ne peuvent les saisir; 3° que les frères du militaire ne peuvent exiger de lui l'apport du pécule à la succession paternelle (8).

En présence des restrictions apportées au droit du père, on se demanda s'il fallait toujours le regarder comme propriétaire des biens composant le pécule (9). Marcellus n'hésita pas à déduire la consé-

(1) Cf. le *vicarius vicarii* dans Cels., *D.*, XXXIII, 8, 25; Ulp., *eod.*, 6, 3. Si le maître est poursuivi *de peculio* en raison d'un acte du *servus ordinarius*, on fait abstraction du pécule du *vicarius*. Il en est autrement s'il est poursuivi en raison d'un acte du *vicarius*, parce que l'*ordinarius* est responsable des actes de son vicaire lorsque celui-ci agit sur son ordre ou comme préposé : *h. t.*, 19 pr.

(2) Ulp., *D.*, XIV, 6, 2, XXVIII, 3, 6, 13.

(3) Ulp., XX, 10; *D.*, XXIX, 1, 1 pr.

(4) *Inst.*, II, 12 pr. Tryph., *h. t.*, [*D.*, XLIX, 17], 19, 3.

(5) Ap. Marc., *D.*, XXXVIII, 2, 22.

(6) Ap. Pap., *h. t.*, 13; 16 pr.

(7) *Inst.*, II, 12 pr. Cf. Pap., *l. c.*, 12; Ulp., *D.*, XXVIII, 3, 6, 13.

(8) Ulp., *D.*, XXXVII, 6, 1, 15.

(9) Gaius, *D.*, XXIX, 1, 17, 1; Marc., *D.*, XXXVIII, 2, 22. Marcianus compare la situation du père à celle du mari par rapport au fonds dotal, à celle du prodigue quant à son patrimoine (17, 18, 2 et 3). La comparaison avec le mari n'est pas exacte, car le père n'a pas l'administration du pécule et ne peut pas plus aliéner les meubles que les immeubles. Plus juste est la comparaison avec le prodigue interdit qui n'a ni l'administration ni la disposition de ses biens. Mais Marcianus reconnaît au père le droit de faire tout acte visant l'avenir, s'il n'est pas préjudiciable au fils. (*Ibid.*, 18, 1.)

quence logique du rescrit d'Hadrien, qui refuse au père les droits de patronat sur l'affranchi de son fils ; il traite le père comme un étranger, par rapport au pécule militaire. Il lui permet en effet d'être témoin du testament de son fils (1). Papinien caractérise la situation du fils en disant : *Duplex jus sustinet, patris et filiifamilias.* Les jurisconsultes postérieurs, acceptant cette manière de voir, traitent le fils de famille militaire comme un *paterfamilias* relativement à son pécule ; ils considèrent le pécule comme son patrimoine propre (2). Mais la puissance paternelle est plutôt suspendue qu'éteinte (3) : si le fils n'use pas de son droit de tester, son pécule militaire rentre à sa mort dans le patrimoine paternel (4).

§ 4. **Modifications introduites au Bas-Empire.** — La règle qui attribue au père les acquisitions réalisées par les personnes placées sous sa puissance souffre trois exceptions : les deux premières sont spéciales à certains fils de famille, la troisième est générale.

1° L'exception faite en faveur des militaires a été élargie par Justinien : le *peculium castrense* du fils mort intestat est dévolu comme une succession aux enfants du *de cujus*, sinon à ses frères ou sœurs, puis à son père (5).

2° Une exception nouvelle fut créée par Constantin pour les fils de famille occupant une charge de cour, par Théodose II pour les avocats, plus tard pour tous les fonctionnaires impériaux ; enfin par Justinien, pour les clercs. Tous conservent la propriété de leurs économies personnelles, des donations qu'ils reçoivent de l'empereur (6), des biens acquis dans l'exercice de leur profession. Ces biens forment un pécule, assimilé au pécule militaire : c'est le *peculium quasi castrense* (7). On hésitait pourtant à reconnaître à ces fils de famille le droit de tester, à moins d'un privilège spécial ; mais la question fut tranchée en leur faveur par Justinien (8). Ce pécule fut dès lors, comme le pécule militaire, traité à tous égards comme un patrimoine appartenant en propre au fils de famille.

3° Plus importante est l'exception relative aux *biens adventices* (9).

(1) Ap. Ulp., *D.*, XXVIII, 1, 20, 2 ; Gaius (II, 106) était d'un avis différent.

(2) Pap., *h. t.*, 15, 3. Ulp., *D.*, IV, 4, 3, 10. Le fils peut aliéner entre vifs les biens composant le *peculium castrense* (Alex., *C.*, XII, 36, 2), emprunter de l'argent sans crainte du Sc. Macédonien (Ulp., *D.*, XIV, 6, 2) ; accepter une hérédité qui lui est dévolue *ex causa castrensi* (Ulp., *h. t.*, 5) ; devenir créancier ou débiteur de son père à l'occasion de son pécule (Pap., *h. t.*, 15, 1-2 ; Gaius, *D.*, V, 1, 4) ; tester librement (Diocl., *C.*, III, 28, 24).

(3) Pap., *h. t.*, 14, 1 ; 15, 3.

(4) Ulp., *h. t.*, 2 ; Pomp., *D.*, XXXVIII, 17, 10 pr.

(5) *Inst.*, II, 12 pr.

(6) Il en est de même, depuis Justinien, des donations faites à un fils de famille quelconque par l'empereur ou l'impératrice (*C.*, VI, 61, 7).

(7) Ce pécule est mentionné par Ulpien (*D.*, XXXVII, 1, 3, 5 ; 6, 1, 15 ; XXXVI, 1, 1, 6 ; XXXIX, 5, 7, 6). Si ces textes n'ont pas été interpolés, il est vraisemblable que ce pécule était restreint au personnel subalterne des magistrats, personnel qui était à cette époque composé de soldats. Il parut injuste de les priver du privilège dont ils auraient joui s'ils n'avaient pas été détachés à un emploi civil.

(8) *C.*, XII, 30, 1 ; II, 7, 4 ; III, 18, 37 pr. ; *Nov.*, 123, c. 19.

(9) L'expression *pécule adventice*, souvent employée par les auteurs modernes, a été justement critiquée : un pécule est en principe la propriété du père ; le fils n'en a que la jouissance. Les biens adventices, au contraire, sont la propriété du fils ; le père n'en a que l'usufruit.

Introduite par Constantin en 319, sous l'influence du droit grec, pour les biens provenant de la succession maternelle (1), elle fut étendue par Honorius aux biens acquis à titre gratuit de la mère ou des ascendants maternels; par Valentinien III aux donations faites par un conjoint ou par un fiancé; par Justinien, à tous les biens qui ne proviennent pas du père ou qui ne rentrent pas dans le pécule militaire ou *quasi castrense* (2). Le fils a sur les biens adventices un droit moins étendu que sur ces deux pécules (3) : il n'en a que la nue propriété; il ne peut en disposer ni entre vifs ni à cause de mort; mais, à la mort du père, il les prélève sur la succession : son droit est garanti par une hypothèque sur les biens du père (4). C'est le père, en effet, qui a la jouissance et l'administration des biens adventices, et qui, en cas de prédécès du fils, en aura la propriété *jure peculii*. Les pouvoirs du père sont très larges : il n'est pas tenu des obligations qui incombent à un usufruitier; il n'a pas de comptes à rendre comme un administrateur, ni d'approbation à demander comme un mandataire : il suffit qu'il agisse en bon père de famille (5). Mais, comme il n'est pas propriétaire, il ne peut aliéner, si ce n'est pour payer les dettes du fils ou s'il s'agit d'objets dispendieux à conserver (6). Dans tout autre cas, l'aliénation ne peut être faite que d'un commun accord entre le père et le fils (7).

L'usufruit du père s'éteint : 1° par l'émancipation du fils; mais pour que le père ne soit pas placé entre son intérêt et son devoir, Constantin lui accorde, à titre de rémunération, la propriété du tiers des biens adventices; Justinien trouva préférable de ne pas priver l'enfant d'une part du capital et d'attribuer au père l'usufruit de la moitié des biens (8); — 2° par la consolidation : en cas de prédécès du fils, l'usufruit se transforme en pleine propriété. Mais cette règle a été peu à peu écartée : Théodose II distingue parmi les biens adventices les *lucra nuptialia* et en forme une masse qui est dévolue, comme une succession, aux enfants du *de cujus* à l'exclusion du père; à défaut d'enfants, Léon Ier l'attribue aux frères et sœurs germains, puis aux consanguins et utérins. Justinien généralise l'exception : dans aucun cas, le père ne recueille les biens adventices *jure peculii* à la mort du fils; il n'y a droit qu'à titre d'héritier s'il est en ordre utile pour succéder; mais, s'il est

(1) Loi de Gortyne, VI, 31, 46; *C. Th.*, VIII, 18, 1 (au sénat).
(2) *C.*, VI, 70, 2-3 (au préfet, au sénat de Rome); VI, 61, 6 pr.
(3) *C.*, VI, 61, 6, 4.
(4) Par exception, le fils a la propriété : 1° des biens qui lui ont été donnés sous la condition que le père n'en aurait ni la jouissance ni l'administration; 2° des biens sur lesquels le père a renoncé à son usufruit; 3° des biens qu'il a recueillis *ab intestat* de ses frères ou sœurs lorsque le père est son cohéritier (*Nov.*, 118, c. 1 et 2). C'est le *peculium adventitium irregulare* des auteurs modernes. Le fils peut disposer de ces biens entre vifs, mais non par testament (1 pour l'époque classique un décret d'Hadrien qui oblige un père à restituer à son fils en puissance un fidéicommis d'hérédité (PAP., *D.*, XXXVI, 1, 50).
(5) *C.*, VI, 61, 6, 2; 8, 4 d.; VI, 60, 1 *(rei diligentiam adhibere)*.
(6) *C.*, VI, 61, 8, 5. L'hypothèque est également interdite. Le père doit conserver le prix de vente, qui sera prélevé par le fils sur sa succession.
(7) Lorsqu'une succession est déférée au fils et qu'il y a désaccord pour l'acceptation, Justinien a essayé de concilier les intérêts du père et du fils (*ib.*, 8 pr., 2, 6.)
(8) *C.*, VI, 61, 6, 3.

primé par les enfants ou par les frères ou sœurs, il conserve, sa vie durant, l'usufruit (1).

En résumé, la règle antique, qui attribue au père la propriété des biens acquis par ses enfants en puissance, ne s'applique plus qu'au pécule profectice, c'est-à-dire aux biens qu'il leur a donnés ou qui ont été achetés avec son argent (2).

III. Sources de la puissance paternelle.

La puissance paternelle s'acquiert de plusieurs manières : la procréation en légitime mariage, l'adrogation, l'adoption, la légitimation. Les trois premiers modes existaient dans l'ancien droit; le quatrième a été introduit au Bas-Empire.

Avant d'étudier ces institutions, on fera observer que l'acquisition de la puissance paternelle sur l'enfant issu du mariage n'a lieu, d'après la loi romaine, que si les père et mère sont unis par de *justæ nuptiæ*. Dans le cas d'un mariage du droit des gens, la puissance paternelle romaine est considérée comme un privilège qui ne peut être acquis que par le bienfait de la loi ou par un rescrit du prince.

1° D'après la loi Ælia Sentia, le Latin qui épouse une Latine ou une citoyenne romaine acquiert *de plein droit* la puissance paternelle sur son enfant, lorsqu'il obtient la cité romaine en prouvant qu'il s'est marié *liberorum quærendorum causa* et que l'enfant (garçon ou fille) est âgé d'au moins un an (3). D'après un sénatus-consulte, le citoyen romain qui épouse une Latine ou une pérégrine qu'il croit citoyenne romaine acquiert la puissance paternelle sur son enfant, s'il prouve son erreur. Il n'est pas nécessaire ici que l'enfant soit âgé d'un an (4) Dans ce cas comme dans le précédent, l'acquisition de la puissance paternelle coïncide avec l'acquisition de la cité romaine par les père et mère ou par celui des deux qui ne l'avait pas.

2° Pour les enfants issus d'un mariage entre pérégrins, la concession de la cité romaine aux père et mère et à l'enfant n'entraîne pas de plein droit l'acquisition de la puissance paternelle : il faut une décision spéciale de l'empereur, un rescrit (5).

IV. Extinction de la puissance paternelle.

En principe le chef de famille conserve la puissance paternelle tant qu'il est vivant et capable. Ni l'âge, ni les dignités, sauf quelques exceptions (6), ne peuvent soustraire l'enfant à la puissance de son père. La femme mariée elle-même y reste soumise, lorsqu'elle n'est pas sous la *manus* de son mari.

(1) *Ibid.*, 3-4 (Orient); 6, 1; *C.*, VI, 59, 11.
(2) *Inst.*, II, 9, 1.
(3) Gaius, I, 66; 29; 72.
(4) *Ibid.*, 67; 73. La même exception est admise dans des cas où l'un des conjoints s'est trompé sur son état ou sur celui de l'autre conjoint. Gaius, I, 68-71.
(5) Gaius, I, 93.
(6) Flamine de Jupiter, vestale (Gaius, I, 139), patrice, évêque, consul, préfet du prétoire ou de la ville, maître de la milice (*C.*, X, 32, 66).

Cette singularité de la puissance paternelle romaine se justifie aisément à l'époque antique. Chez un peuple de cultivateurs, la réunion des efforts de tous les membres de la famille est indispensable pour mener à bien la culture des terres. Il n'en est pas de même chez des peuples adonnés au commerce, à l'industrie, à la chasse ou à la pêche : chaque membre de la famille peut, lorsqu'il se sent la force et l'expérience nécessaires, agir isolément suivant son inspiration et chercher de quoi suffire à ses besoins. C'est pour cela que le principe de l'incapacité civile des fils de famille a été de bonne heure abandonné par les Grecs. Il aurait dû également disparaître chez les Romains lorsqu'ils se livrèrent au commerce; il a été cependant maintenu, mais avec de nombreuses atténuations.

§ 1er. **Mort, *capitis deminutio*, vente, mancipation.** — Régulièrement la puissance paternelle s'éteint par la mort ou par la *capitis deminutio* du chef de famille ou de son fils (1). Elle reste en suspens si l'un ou l'autre est captif (p. 113). Elle est paralysée (2) plutôt qu'éteinte (3) lorsque le grand pontife s'empare d'un enfant pour en faire un flamine de Jupiter ou une vestale : elle revit lorsque le sacerdoce prend fin (4).

La puissance paternelle s'éteint par la volonté du chef de famille soit à titre définitif lorsque l'enfant est vendu comme esclave, trois fois mancipé ou émancipé, soit à titre temporaire lorsqu'il est mancipé.

La vente à titre d'esclave doit avoir lieu à l'étranger (5). Elle fait perdre à l'enfant le droit de cité et détruit la puissance paternelle.

D'après les Douze Tables, il faut trois mancipations successives pour libérer l'enfant de la puissance paternelle (6). La mancipation ne produit pas ici son effet ordinaire : appliquée à une chose *mancipi*, elle en transfère définitivement la propriété; appliquée à un fils, elle ne confère qu'un droit temporaire *(mancipium)* aux services de l'enfant. La durée de ce droit n'est pas indiquée, mais elle ne pouvait excéder 5 ans, car l'enfant avait le droit d'exiger à la fin du lustre son affranchissement par le cens (p. 84). La mancipation d'un fils de famille était donc la forme primitive du louage de services pour les personnes libres en puis-

(1) Lorsque le père ou le fils est déporté dans une île; mais la puissance paternelle revit si le condamné obtient du prince l'*in integrum restitutio*. (CONSTANTIN, *C*, IX, 50, 13.) Cf. Ed. CUQ, v° INDULGENTIA, *Dict. Antiq.*, III, 482.

(2) Conséquences : la vestale ne peut succéder *ab intestat*. Elle a le droit de tester (LAB., ap. GELL., I, 12); si elle n'en fait pas usage et qu'elle meure dans l'exercice de ses fonctions, ses biens profitent à l'État. Régulièrement elle devrait être en tutelle, mais la loi des Douze Tables a voulu qu'elle fût libre par honneur pour le sacerdoce (GAIUS, I, 145).

(3) Gaius dit que le flamine et la vestale sortent de la puissance paternelle (I, 130); Aulu-Gelle ajoute que cela a lieu immédiatement, sans émancipation ni *capitis deminutio* (I, 12). Mais l'extinction de la puissance paternelle n'est pas définitive, car Aulu-Gelle compare la situation de la vestale à celle d'un captif.

(4) La vestale est relevée de ses fonctions *(exauguratio)* au bout de 30 ans (GELL., VI, 7); le flamine, au décès de sa femme (GELL., X, 15; SERV., *En.*, I, 29) ou par ordre du grand pontife (V. MAX., I, 1, 4). Cf. ARON, *N. R. H.*, XXVIII, 9; BRASSLOFF, *Z. vgl. Rw.*, XXII, 140.

(5) L'enfant ne peut invoquer le *postliminium*. Cf. p. 135, 1.

(6) GAIUS, I, 132 : *Si pater filium ter venumduit, a patre filius liber esto.*

sance (1). La loi n'a pas voulu que le fils travaillât toute sa vie comme un esclave pour subvenir aux besoins de son père; après trois mancipations, c'est-à-dire après 15 ans au plus, il est libre (2). — La loi ne s'était occupée que de la mancipation d'un fils de famille; la jurisprudence ne crut pas utile d'étendre la règle à la mancipation d'une fille ou d'un petit-fils : une seule mancipation suffit pour les libérer de la puissance paternelle (3).

§ 2. Émancipation. — L'émancipation est l'acte par lequel le père exclut de la famille un de ses enfants. Aux premiers siècles de Rome, cette exclusion était prononcée à titre de peine (4) : elle brisait les liens qui unissaient l'enfant à la famille paternelle; elle entraînait la perte des droits attachés à la qualité d'agnat ou de *gentilis*.

A l'époque classique, l'émancipation présente un caractère nouveau : c'est en général un acte fait dans l'intérêt de l'enfant; il ne doit pas avoir lieu contre son gré (5), mais il ne peut, sauf exception, être exigé (6). Parfois cependant l'émancipation avait lieu arbitrairement; on en a la preuve pour les enfants donnés en adoption : le père stipulait de l'adoptant une peine pour le cas où il abuserait de son droit (7); Justinien a modifié les effets de l'adoption pour prévenir les conséquences fâcheuses d'une émancipation préjudiciable à l'adopté (8).

1. Formes. — Il n'existe pas à Rome, comme en Grèce, de procédé direct pour exclure un enfant de la famille : l'*abdicatio* (apokèryxis) n'a pas été consacrée par la loi (9). On a recours à un expédient : on fait une application dénaturée de la règle qui libère le fils de la puissance paternelle lorsqu'il a été mancipé trois fois. Le père mancipe trois fois

(1) Lorsque plus tard on étendit à ces personnes l'application du louage, la mancipation volontaire tomba en désuétude.

(2) On remarquera que le chef de famille, qui a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, n'est pas libre de les manciper à son gré. Dans le premier cas, il agit comme magistrat domestique; dans le second comme propriétaire. La loi a pu restreindre un droit qu'elle a consacré; elle s'est abstenue de porter atteinte à un pouvoir résultant d'une coutume antérieure à la fondation de la cité.

(3) Gaius, I, 132, 135; IV, 79.

(4) En 398, C. Licinius Stolo fut condamné à une forte amende pour avoir frauduleusement émancipé son fils. Possesseur de 1 000 arpents de terre du domaine public, il en avait donné la moitié à son fils après l'avoir émancipé pour éluder la loi qui défendait de posséder 500 arpents. Liv., VI, 16.

(5) Paul, II, 25, 5; Anast., *C.*, VIII, 46, 5.

(6) Marc., *D.*, I, 7, 31. Le père se faisait parfois payer son consentement. Ulp., *D.*, XXXVII, 12, 1, 3. Il peut être forcé d'émanciper son enfant lorsqu'il le maltraite (Traj., ap. Pap., *eod.*, 5), lorsqu'un adrogé impubère prouve, après être devenu pubère, que l'adrogation ne lui est pas avantageuse (Mod., *D.*, I, 7, 33). On peut aussi instituer héritier le père sous la condition d'émanciper son fils (Tryph., *D.*, XXVII, 10, 16, 2; cf. Paul., IV, 13, 1.)

(7) Paul., *D.*, XLV, 1, 132 pr.

(8) L'adoption *minus plena* ne conférant plus la puissance paternelle, l'émancipation ne devrait plus s'appliquer ici. Une phrase ajoutée par les compilateurs à la fin du texte précité prouve cependant qu'elle donnait au père de l'adopté le droit d'exiger la peine stipulée.

(9) Diocl., *C.*, VIII, 46, 6. Mais elle n'est pas interdite, comme l'adoption à titre de frère (Diocl. *C.*, VI, 34, 7). Dans les provinces de culture hellénique, l'usage de l'*abdicatio* s'est maintenu : le père a le droit de chasser l'enfant rebelle à son autorité, de l'exclure de sa famille et de sa succession (*domo propellere* : Paul, *l. c.*). Justinien a fini par consacrer l'*abdicatio*, tout au moins dans les provinces où elle était usitée, et il l'a réglementée : *P. Caire*, 67096, v°, D. Cf. Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'Apokèryxis*, p. 8; un 2[e] papyrus byzantin, 1917.

son fils à un ami, qui, en vertu d'un accord préalable, s'empresse de l'affranchir après chacune des deux premières mancipations. Après la troisième, l'enfant est libéré de la puissance paternelle et passe sous le *mancipium* de l'acquéreur qui, par un troisieme affranchissement, lui donne la liberté. La mancipation n'a lieu ici que pour la forme; elle est faite pour un prix fictif *(nummo uno)*. Ce procédé avait l'inconvénient de priver le père des droits qu'un patron a sur son affranchi et de les attribuer sans raison plausible au tiers acquéreur. Aussi dans la pratique préférait-on modifier la mission qui lui était confiée et qui faisait l'objet d'un pacte de fiducie : au lieu de charger son ami de faire les trois affranchissements, le père lui faisait promettre de lui remanciper son enfant après la troisième mancipation (1). Le père acquérait ainsi le *mancipium*, affranchissait lui-même son fils et conservait les droits de patronat. Cette émancipation, qu'on appelle *fiduciaire*, a subsisté jusqu'au temps de Justinien.

En 502, Anastase permit d'émanciper un absent par un rescrit du prince, rendu sur la demande du père avec le consentement du fils, et inséré dans les actes publics (2). En pratique on se dispensait parfois de toute formalité : le père laissait son enfant vivre comme s'il était *sui juris* (3). Dans les provinces d'Orient, on se contente d'une déclaration écrite devant le magistrat compétent (4). Justinien consacra cet usage (5); il n'exige pas, comme pour l'adoption, que cette déclaration soit enregistrée dans les actes publics. Il laisse d'ailleurs la faculté de réaliser l'émancipation par un rescrit du prince, suivant la loi d'Anastase. Le père conserve les droits de tutelle et de succession comme dans l'émancipation fiduciaire (6).

2. Effets. — A l'époque antique, l'enfant émancipé était exclu de la maison paternelle et perdait avec la qualité d'héritier sien le droit à la succession de son père. A l'époque classique, au contraire, l'émancipation est considérée comme un bienfait; elle n'a plus en général d'effets préjudiciables. L'enfant peut acquérir des biens pour son compte (7), Dès le début de l'Empire, le Préteur a jugé inique de le priver de l'hérédité paternelle; il lui accorde, sous la forme d'une *bonorum possessio*, des droits équivalents à ceux qu'il a perdus. Plus tard on l'autorise à garder son pécule à titre de donation, lorsqu'on ne le lui a pas expressément retiré (8). Au Bas-Empire, l'enfant succède, non plus

(1) *Inst.*, III, 2, 8; Gaius, I, 172, 175.
(2) *C.*, VIII, 48, 5.
(3) Ulp., *D.*, I, 7, 25 pr.; Carac., *C.*, VIII, 46, 1.
(4) Livre de droit syro-romain, L., 3; Diocl., *C.*, IV, 21, 11. On employait parfois la forme romaine : un papyrus latin d'Égypte, du IIIe siècle, en contient un exemple pour l'émancipation fiduciaire d'une fille (Girard, *Textes*, 828). L'acte, dont une copie est adressée au magistrat, présente deux particularités : il mentionne une triple mancipation alors qu'une seule suffit pour les filles (Gaius, I, 132); la remancipation au père a lieu dès la seconde mancipation, et non après la troisième (Gaius, *Epit.*, I, 6, 3).
(5) La déclaration verbale peut être remplacée par un écrit où l'on mentionne les donations faites à l'émancipé devant le juge : *C.*, VIII, 48, 6.
(6) *C.*, VIII, 48, 6; *Inst.*, I, 12, 6. Theoph., ad *h. l.*
(7) Ulp., *D.*, XXXVII, 12, 1 pr. : *beneficium bonorum quærendorum*.
(8) Gaius, III, 19; 25-26. Pap., *Vat. fr.*, 260.

seulement en concours avec ses frères ou sœurs restés en puissance, mais aussi avec des agnats quel que soit leur degré (1).

Depuis Constantin, l'émancipation peut être révoquée pour cause d'ingratitude, lorsque après un avertissement l'enfant persiste à se montrer arrogant et à outrager son père. L'enfant perd toutes les donations que son père lui a faites ; son patrimoine se confond avec celui de son père (2).

V. Sanction de la puissance paternelle.

Aux premiers siècles, la puissance paternelle était sanctionnée par la revendication : le droit du père sur ses enfants était de même nature que le droit de propriété. A l'époque classique où ces droits sont distincts, la revendication n'est possible qu'avec l'addition d'une clause indiquant la nature spéciale du droit prétendu (3).

A côté de la revendication, le Préteur a établi des modes de protection très variés : 1° un *præjudicium,* c'est-à-dire une formule sans *condemnatio*, pour faire constater judiciairement le droit de puissance paternelle (4) ; 2° un interdit *de liberis exhibendis* pour faire remettre au père l'enfant indûment retenu par un tiers ; 3° un interdit *de liberis ducendis* pour défendre de faire violence au père qui veut emmener son fils chez lui ; 4° enfin le magistrat peut retenir l'affaire et statuer *extra ordinem*, par exemple lorsque le fils prétend qu'il n'est pas soumis à la puissance paternelle (5), lorsque la mère demande à garder l'enfant en raison de la mauvaise conduite du père (6), lorsque le fils est impubère et qu'il y aurait des inconvénients à différer le procès jusqu'à sa puberté. En attendant qu'il soit statué, le Préteur ordonne, s'il y a lieu, que l'enfant soit remis à une personne de confiance (7).

CHAPITRE III

Le mariage.

Dans l'ancien droit, le mariage est considéré surtout comme le fondement de la famille : il a pour but d'en assurer la perpétuité et d'en accroître la puissance par la procréation des enfants (8). A une époque

(1) *C.*, VI, 58, 15, 1, a modifié la règle posée par Anastase (Theoph. III, 5, 1).
(2) *C.*, VIII, 49, 1; *Vat. fr.*, 248 : *neque in affectu pietatis monitos posse mitescere.*
(3) Pomp., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 1, 2 : *Nisi forte adjecta causa quis vindicet.* D'après Gaius (I, 134) l'*adjectio causæ* consiste à déclarer *filium suum esse.* La formule pétitoire ne trouve pas ici d'application, parce que le droit du père n'est pas susceptible d'estimation pécuniaire (Marc., *D.*, XXX, 114, 8.)
(4) Ulp., *D.*, VI, 1, 1, 2 Diocl., *C.*, VIII, 46, 9. Cf. Lenel, II, 29.
(5) Paul, *D.*, XXII, 3, 8; Ulp., *D.*, XLIII, 30, 3, 3.
(6) Contre l'interdit *de lib. exhib.*, la mère avait une exception. Ulp., *eod.*, 1, 3.
(7) Ulp., *cod.*, 3, 4 et 6.
(8) *Liberum quæsundum gratia* : Gell., IV, 3, 2; XVII, 21, 44; Fest., v° *Quæso*, Prob., *C.*, V, 4, 9.

où l'État se composait d'une agrégation de *gentes* et de familles, il y avait un triple intérêt religieux, public et privé à maintenir chacun des groupes qui le constituaient. De là trois conséquences : le mariage établit entre les époux la communauté de vie et de culte ; la polygamie est interdite ; le mariage est, en principe, contracté pour toute la vie. A l'époque classique, l'essence du mariage consiste dans l'union de l'homme et de la femme, entraînant une communauté complète d'existence (1).

I. Le mariage et la *manus*.

§ 1er. **Formes.** — 1. Ancien droit. — Dans l'ancienne Rome, la loi n'avait édicté aucune règle sur la formation du mariage : c'était un acte domestique, qui dépendait uniquement de l'accord des volontés des chefs de famille des deux époux bien que, d'après la coutume, il fût accompagné de certaines cérémonies religieuses. Il ne prenait un caractère juridique que dans le cas, d'ailleurs très fréquent, où il avait lieu *cum manu*. Pour avoir une notion complète de la formation du mariage à l'époque antique, il ne suffit donc pas d'indiquer les conditions exigées par la coutume, il faut y joindre les conditions requises pour l'acquisition de la *manus*.

a) Les premières sont : 1° l'accord des volontés des chefs de famille, si les futurs époux sont sous leur puissance, sinon l'accord des volontés du futur mari et du tuteur de la jeune fille. Dans aucun cas on n'exige le consentement de la femme; quant au mari, on ne l'exige pas non plus lorsqu'il est en puissance. Le père a le devoir d'assurer la perpétuité de sa race ; il peut forcer son fils à se marier (2). L'accord des volontés résulte des fiançailles ; on les appelait *sponsalia* parce qu'elles étaient anciennement confirmées par des stipulations réciproques (3).

2° L'accomplissement de certaines cérémonies : la poignée de main des futurs époux *(dextrarum junctio)* (4); un sacrifice offert aux dieux par les fiancés pour obtenir la fécondité du mariage (5).

3° L'entrée de la femme dans la maison du mari *(domum deductio)*. La femme y est accueillie avec l'eau et le feu (6), symboles de son association au culte domestique.

b) L'acquisition de la *manus* a lieu de trois manières : par *confarreatio*, *usus* ou *coemptio*.

1° La *confarreatio* est une solennité qui a lieu en présence du grand pontife, du flamine de Jupiter et de dix témoins : elle comprend

(1) Mod., *h. t.*, [*D.*, XXIII, 2], 1 : *Nuptiae... consortium totius vitae, divini et humani juris communicatio*. Gord., *C.*, IX, 32, 4. *Inst.*, I, 9, 1, ne mentionne plus l'association au culte.

(2) Gell., II, 7, 18 ; Sen., *Controv.*, II, 3, 2 ; Ulp., *D.*, III, 2, 11, 4.

(3) Serv. ap. Gell., IV, 4; Flor., *D.*, XXIII, 1, 1 ; Ulp., *eod.*, 2. Chez les Latins ces stipulations étaient sanctionnées par l'action *de sponsu*. Il est douteux qu'à Rome la *sponsio* ait eu dès l'origine une valeur juridique. Varr., *L. l.*, VI, 69-72, doit s'entendre d'un lien religieux. V. cep. Karlowa, II, 176 ; Mitteis, I, 7, 13.

(4) Claud., *Epith.*, 124 ; Fest., v° *pronubae*.

(5) Serv., *Æn.*, III, 136 ; Varr., *R. r.*, II, 4, 9.

(6) Serv., *Æn.*, IV, 103; Scaev., *D.*, XXIV, 1, 66

l'offrande à Jupiter d'un gâteau d'épeautre *(farreum libum)* et la prononciation de certaines paroles (1). La question de savoir dans quel cas cette solennité était usitée, est discutée. L'intervention des représentants du culte public suppose un mariage qui intéresse la cité (2), parce qu'il a lieu entre personnes appartenant à des *gentes* ou à des cités différentes, les cités fédérées du Palatin et de l'Esquilin. La femme devait être détachée du culte de sa *gens* et rattachée au culte de la *gens* du mari. La présence de témoins était nécessaire en raison de l'effet civil que produisait la *confarreatio :* l'acquisition de la *manus*.

2° La *manus* s'acquiert, sans solennité, par l'usage. Entre patriciens appartenant à la même *gens*, ou entre plébéiens, la *confarreatio* n'avait pas d'application : la femme restait sous la puissance de son père. On permit au mari ou à son père d'acquérir la *manus* sur la femme au bout d'un an, par une sorte d'usucapion (3).

3° La *coemptio* est une application dénaturée d'un mode d'acquérir la propriété, la mancipation. Le père de la femme la mancipe au mari pour un prix fictif (4). Grâce à l'emploi d'une formule spéciale, la femme devient *filiæ loco;* elle est traitée comme la fille et non comme l'esclave du maître de la maison du mari (5). La *coemptio* est le mode le plus récent d'acquérir la *manus* (6). Elle fournit aux plébéiens le moyen de faire passer la femme, dès la conclusion du mariage, sous la *manus* du mari. Jusqu'alors ils ne pouvaient acquérir la *manus* que par l'usage, car la *confarreatio* n'était possible que pour les patriciens. Avec le temps, l'emploi de la *coemptio* se généralisa. Lorsque les mariages furent autorisés entre patriciens et plébéiens, la *confarreatio* perdit une partie de sa raison d'être ; elle fut peu à peu abandonnée. Elle resta exigée pour les grands flamines et pour le roi des sacrifices.

Tant que le mariage *sine manu* resta peu usité, les Romains ne jugèrent pas utile de soumettre la formation du mariage à des règles spéciales, distinctes de celles qui s'appliquaient à l'acquisition de la *manus*. Mais aux derniers siècles de la République, lorsque le mariage commença à produire des effets en droit privé, lorsque la loi ou la coutume eurent attaché certaines conséquences à l'état de mariage (p. 167), il

(1) Gaius, I, 112; Serv., *Georg.*, I, 31.

(2) On veut prévenir les inconvénients qui résulteraient de la confusion des cultes et de la confusion du sang. Liv., IV, 2. Serv., *Æn.*, II, 156.

(3) Gaius, I, 111. On dit souvent que l'*usus* est le mode d'acquérir la *manus* le plus récent; mais tous les textes le placent en tête de l'énumération des modes d'acquisition Gaius, I, 110; Serv., *Georg.*, I, 30; Cic., *p. Flacco*, 34. On a objecté que si l'*usus* est cité le premier, c'est qu'il a disparu le premier. Mais Cicéron ne pouvait pas prévoir que l'*usus* tomberait en désuétude.

(4) Gaius, I, 113.

(5) On a prétendu qu'avant d'être un acte fictif, la *coemptio* fut un acte réel; les Romains auraient connu cette forme grossière du mariage que l'on trouve dans les sociétés primitives et qui se serait conservée dans un état de civilisation plus avancé : le mariage par achat. Mais il n'existe aucune trace de cet usage. On a tenté de le rendre vraisemblable par un argument d'analogie : le mari, dit-on, peut acheter sa femme, de même que le père peut manciper sa fille. Mais la mancipation d'un enfant n'est pas une véritable vente, car elle peut être renouvelée trois fois. Le père ne pouvait vendre son enfant qu'à titre de peine.

(6) Son emploi est postérieur aux Douze Tables. Il suppose l'existence de la règle qui déclare déchu de son droit le père qui mancipe trois fois son fils, et de l'interprétation qui se contente d'une mancipation pour les filles.

devint nécessaire de fixer le moment précis de la formation du lien conjugal (1).

2. ÉPOQUE CLASSIQUE. — Le mariage n'est ni un acte solennel, ni un acte purement consensuel : on n'exige aucune célébration ni devant un prêtre, ni devant un officier public. Deux conditions sont requises :

1° La volonté réciproque des futurs époux de se traiter comme mari et femme (2), de fonder une famille, de perpétuer une race (3). A défaut de cette volonté spéciale, il n'y a qu'un concubinat.

Cet accord des volontés se manifeste ordinairement, un certain temps à l'avance, par les fiançailles. Elles ont lieu soit comme autrefois dans la forme de stipulations réciproques *(sponsiones)*, soit par un simple pacte conclu entre les chefs de famille des futurs époux et entre les futurs eux-mêmes (4). Si les futurs sont *alieni juris*, le père ne peut fiancer son fils contre son gré ; quant à la fille, il ne lui est permis de résister à la volonté paternelle que si le père a fait choix d'un homme sans moralité ou *turpis* (p. 110, 4).

L'accord des volontés est habituellement constaté par écrit *(tabulæ, instrumentum)*. Cet écrit, pas plus que le pacte, n'a aucune valeur juridique. Les parties ont toujours la faculté de se dédire : toute clause contraire est nulle alors même qu'elle serait faite en forme de stipulation de peine (5). Mais si l'un des fiancés a reçu des présents sous la condition que le mariage aurait lieu, il doit les rendre (6). S'il contracte de nouvelles fiançailles sans avoir rompu les premières, il encourt l'infamie et perd le droit de postuler pour autrui (7).

2° L'accord des volontés des futurs époux est nécessaire, mais ne suffit pas : la preuve en est que le mariage ne peut se former quand la femme est absente (8). Le mariage implique en effet une communauté d'existence ; il faut que cette communauté puisse immédiatement commencer. Cette condition est remplie suivant la coutume antique, lorsque la femme est conduite au domicile du mari pour y être reçue avec l'eau et le feu (9). Mais cette formalité n'est pas essentielle : elle n'est imposée que dans le cas où le mari est absent. Si les futurs époux sont pré-

(1) ULP., *D.*, XXIV, 1, 3, 1 : *Si matrimonium moribus legibusque nostris constat.*

(2) PAUL, *h. t.*, 2 ; ULP., *D.*, XXIV, 1, 32, 13 : *maritalis affectio* ; PAP., *D.*, XXXIX, 5, 31 pr. : *maritalis honor et affectio.*

(3) CALLISTR., *D.*, L, 16, 220, 3.

(4) ULP., *D.*, XXIII, 1, 4 pr. Le pacte n'exige pas la présence des parties ; il peut avoir lieu par lettre ou par messager. ULP., *h. t.*, 1, 1 ; 18 ; 12, 1 ; PAUL, 13.

(5) JUV., VI, 200 ; PAUL, *D.*, XLV, 1, 134 pr. Sur les effets juridiques des fiançailles, cf. CORNIL, *Debitum et obligatio*, 1912, p. 42.

(6) JUL., *D.*, XXXIX, 5, 1, 1 ; PAP., *Vat. fr.* 262 ; PAUL, *D.*, XXIV, 1, 38, 1.

(7) JUL., *D.*, III, 2, 1. ULP., *eod.*, 13, 1-4. Les fiançailles peuvent avoir lieu dès qu'on est sorti de l'*infantia* (MOD., *D.*, XXIII, 1, 14 ; *C. I. L.*, VI, 28194, cite une fiancée de 9 ans), mais d'après la loi Julia, elles ne procurent au futur l'exemption des peines du célibat que si la fiancée a au moins 10 ans. On a voulu obvier à une fraude consistant à prolonger sans motif la dispense des lois caducaires (SUET., *Aug.*, 34 ; DIO, LIV, 16. On admet d'ailleurs que le mariage peut être retardé pour une juste cause (GAIUS, *h. t.*, 17). D'après une inscription de l'an 390, une femme fiancée à l'âge de 7 ans ne se maria que 11 ans après (*Rev. arch.*, 1905, VI, 200). Mais à cette époque les déchéances résultant des lois caducaires avaient été abolies.

(8) PAUL, II, 19, 8 : *Vir absens uxorem ducere potest ; mulier absens nubere non potest.*

(9) POMP., *h. t.*, 5 ; ULP., *D.*, XXXV, 1, 15.

sents, la communauté d'existence peut commencer avant même que la femme ait été reçue au domicile du mari (1).

Telles sont les deux conditions requises pour la formation du mariage. La première a une portée générale : la volonté des futurs époux, qui jadis s'effaçait devant celle de leurs chefs de famille lorsqu'ils étaient *alieni juris*, est désormais essentielle. C'est la conséquence des idées qui prévalent à cette époque et qui tendent à reconnaître aux membres de la famille une personnalité distincte.

Quant à la *manus*, elle est de plus en plus délaissée : elle n'était guère compatible avec les mœurs nouvelles qui favorisaient l'indépendance de la femme. Des trois modes de l'acquérir, il en est un qui, au temps de Gaius, est en désuétude, l'*usus*; un autre, la *confarreatio*, était si rarement employé qu'on avait dû, sous Tibère, en restreindre les effets pour assurer le recrutement des flamines de Jupiter qui devaient être issus d'un mariage *farreo* (2). La *coemptio* reste le mode normal d'établir la *manus* (3). Mais tandis qu'autrefois le mariage *cum manu* était le plus usité, à l'époque classique le mariage *sine manu* est devenu la règle, le mariage *cum manu* l'exception. Après les Sévères, on ne trouve plus de trace de la *confarreatio ;* au ve siècle, la *coemptio* était depuis longtemps en désuétude (4).

3. Bas-Empire. — Le mariage se forme par l'accord des volontés des futurs époux (5). Les cérémonies religieuses qui, chez les païens, accompagnaient souvent le mariage, sont remplacées chez les chrétiens par un usage nouveau : la bénédiction nuptiale donnée par un prêtre (6). Mais la formation du mariage ne dépend nullement de l'accomplissement de cette cérémonie.

Comme à l'époque antérieure, le mariage est ordinairement précédé de fiançailles ; mais il n'est plus permis de les rompre sans motif, sous peine de perdre les présents qu'on a faits et de rendre ceux qu'on a reçus. C'est une idée nouvelle qui s'introduit dans la législation romaine sous Constantin (7). Bientôt après elle s'est accentuée lorsque les empereurs ont consacré l'usage de l'*arrha sponsalicia* emprunté aux peuples de l'Orient (8). C'est une dation faite par le fiancé aux parents

(1) Scæv., *D.*, XXIV, 1, 66 pr.

(2) Gaius, I, 136; Tac., *Ann.*, IV, 16; Ulp., IX, 1. Une inscription du IIIe siècle (*C. I. L.*, VI, 2144) mentionne un flamine de Jupiter marié à une femme qui ne porte pas son nom et qui par suite n'était pas sous sa *manus*.

(3) La *coemptio* était également usitée comme acte dénaturé. Elle avait lieu *fiduciæ causa* dans trois cas : pour permettre à la femme de changer de tuteur, pour lui conférer la liberté de tester, pour la libérer d'un culte de famille (Cic., *p. Mur.*, 12, 27). Dans ce dernier cas, la femme instituée héritière faisait une *coemptio* fiduciaire avec un vieillard qui acquérait ses biens avec la charge du culte ; mais par un pacte de fiducie, il s'engageait à restituer les biens à la femme après l'avoir affranchie, et ne conservait que le culte, sans doute moyennant une indemnité d'autant plus faible qu'il était plus âgé. Savigny, *Verm. Schr.*, I, 190 ; Voigt, I, 366.

(4) Serv., *Æn.*, IV, 214.

(5) *C. Th.*, V, 17, 8; *Nov.* Theod., 12 pr.

(6) Tertull., *De monog.*, 11; *ad uxor.*, 2, 8. Cet usage n'a été consacré par la loi qu'à la fin du IXe siècle : *Nov. Leonis*, 89.

(7) *C.*, V, 3, 15. Sur les présents reçus à l'occasion du baiser de fiançailles, la fiancée acquiert un droit que la mort ne peut lui enlever. Constantin lui permet ainsi qu'à ses héritiers d'en garder la moitié : *C.*, V, 5, 16 (diocèse d'Espagne).

(8) Grat., Valent., Val., *C.*, V, 1, 3; V, 9, 4. Cf. Paul., *D.*, XXIII, 2, 38 pr.

ou au tuteur de la femme ou à la femme elle-même et qui a pour but de fortifier la promesse de mariage : en cas de rupture non justifiée, la femme encourt la peine du quadruple, réduite plus tard au double, sauf son recours contre ses parents ou tuteur lorsqu'on l'a forcée à accepter des arrhes (1).

§ 2. **Conditions de validité du mariage.** — 1. Consentement des chefs de famille. — Dans l'ancien droit, alors que le mariage se formait par l'accord des volontés des chefs de famille des deux époux, deux conditions étaient requises pour la validité du mariage : la puberté, l'absence d'empêchement. A l'époque classique, où le mariage se forme par l'accord des volontés des futurs époux, le consentement des chefs de famille est devenu une condition de validité du mariage lorsque les époux sont *alieni juris*. C'est un hommage rendu à la puissance paternelle ; mais cette puissance est très affaiblie. Elle ne peut plus s'exercer d'une manière arbitraire : si le chef refuse son consentement sans motif valable, la loi Julia (c. 35) autorise le recours au magistrat.

Pour le mariage des filles, il n'est pas nécessaire que le chef de famille consente expressément au mariage : il suffit qu'informé du projet d'union avec une personne déterminée, il n'y fasse pas opposition (2). Il en est autrement pour le mariage *cum manu* : il ne peut avoir lieu que *patre auctore*.

Les règles du droit classique diffèrent du régime actuel (C. civ. 148-151) à trois points de vue : *a*) le consentement des ascendants n'est jamais requis pour les personnes *sui juris*, quel que soit leur âge ; *b*) on n'exige ni le consentement de la mère ni celui des ascendants maternels ; *c*) pour les personnes placées sous la puissance de leur grand-père, le consentement du chef de famille ne suffit pas s'il s'agit du mariage du petit-fils : le mari doit obtenir le consentement de tous ceux qui pourront avoir sur lui la puissance paternelle après la mort du chef actuel de la famille. Le grand-père, dit-on, ne peut donner à son fils des héritiers siens malgré lui (3). Cette règle ne s'applique pas à la femme qui est sous la puissance de son grand-père : les enfants qui naîtront de son mariage ne seront jamais sous la puissance de son père ; ils n'auront pas vis-à-vis de lui la qualité d'héritiers siens (4).

Ces trois différences procèdent d'un principe unique : à Rome, le consentement des ascendants est requis, non pas dans l'intérêt de l'enfant, comme de nos jours, mais par déférence pour le chef de la famille. Toutefois l'idée moderne apparaît soit dans les dispositions de la loi Julia qui autorise l'intervention du magistrat en cas de refus du père, soit dans un rescrit de Sévère et Caracalla relatif au mariage d'une fille *sui juris* (5) : en cas de désaccord entre le tuteur, la mère

(1) Theod. I, *C. Th.*, III, 5, 11 (Lyrie). Leo, *C.*, V, 1, 5 : cf. sur ce texte Riccobono, *Arra sponsalicia*, 1901, Kruger, *Sav. Z.*, XXII, 52; Koschaker, *Sav. Z.*, XXXIII, 383. — Le contrat de mariage, écrit au verso de *P. Cair.* 67006, contient un exemple d'*arrha sponsalicia* (l. 5-9).

(2) Pap., *h. t.*, 34 pr ; Paul, *D.*, I, 5, 11; XXIII, 1, 7, 1; C., V, 4, 25, 1. Cf. sur les oppositions au mariage, C. civ., 172-179.

(3) *Inst.*, I, 11, 7 : *Ne ei invito heres suus adgnascatur.*

(4) Paul, *h. t.*, 16, 1.

(5) C., V, 4, 1.

et les proches parents sur le choix du mari, le gouverneur de la province statue. L'avis de la mère et des proches parents était donc à cette époque pris en considération au moins dans ce cas particulier, et il était requis dans une pensée de protection.

La portée de cette exception a été étendue au Bas-Empire : la femme *sui juris* ne peut, avant 25 ans révolus, se marier sans le consentement de son père ; à défaut de père, elle doit avoir le consentement de sa mère ; à défaut de mère, celui de ses plus proches cognats (1).

Lorsque le chef de famille est captif, l'enfant peut se marier sans son consentement. Le mariage reste valable si le père recouvre ses droits par l'effet du *postliminium* (2). Il y avait un intérêt public à ne pas condamner l'enfant au célibat tant que le père reste captif, alors qu'on ignore s'il reviendra jamais. Cette exception, conforme à l'esprit des lois caducaires, a été étendue, non sans hésitation (3), aux autres cas d'absence. Justinien a pris un moyen terme : il a décidé que le mariage ne serait possible que trois ans après le départ ou la captivité du père (4). Une question analogue fut posée en cas de folie du père : on l'a résolue aisément pour les filles qui n'ont pas besoin d'un consentement exprès ; pour les fils, un rescrit de Marc-Aurèle avait semblé admettre qu'on se passerait du consentement du père, mais la portée de ce rescrit fut discutée. Justinien trancha la controverse et décida que le consentement ne serait pas exigé (5).

2° Puberté. — Il faut que le mari soit pubère et la femme nubile. Pour la femme, l'usage s'est établi de la considérer comme nubile à l'âge de 12 ans. L'homme est réputé pubère lorsqu'il a été autorisé par son père à revêtir la toge virile, en général vers l'âge de 17 ans (6). Cette règle fut maintenue par les Sabiniens. Les Proculiens pensèrent qu'il y avait avantage à adopter pour les hommes un âge fixe qui ne dépendrait plus de l'appréciation du père de famille, l'âge de 14 ans. Justinien a consacré leur opinion (7). V. cep. p. 788, 6.

3. Acte de mariage. — Sous Justinien, la rédaction d'un acte ou d'un contrat de mariage est requise pour la validité du mariage des grands personnages et des hauts fonctionnaires (8). Cette condition s'applique aussi aux citoyens qui veulent épouser une personne de condition inférieure. La confection d'un acte de ce genre était depuis longtemps usitée dans les hautes classes de la société : elle fut désormais obligatoire (9).

(1) Valent., Val., Grat., *C.*, V, 4, 18 ; Honor., *eod.*, 20.
(2) Tryph., *D.*, XLIX, 15, 12, 3. Cf. p. 112.
(3) Paul., *D.*, XXIII, 2, 10.
(4) Ce délai est indiqué dans des textes classiques (Jul., *D.*, XXIII, 2, 11 ; Ulp., *eod.*, 9, 1) qui ont été interpolés ; car Tryphoninus n'en parle pas dans le texte précité que les compilateurs ont omis de corriger.
(5) *C.*, V, 4, 25 ; *Inst.*, I, 10 pr.
(6) Gell., X, 28. V. cep. Plut., *Numa*, 4. Cf. Brassloff, *Z. vgl. Rw.*, XXII, 146.
(7) Ulp., XI, 28 ; Gaius, I, 196 ; Just., *C.*, V, 60, 3 ; V, 4, 24.
(8) Pour eux on se contente d'un écrit dressé par le *defensor ecclesiæ* en présence de trois clercs. *Nov.*, 117, c. 4, 6.
(9) Appul., *De mag.*, 67 ; 88 ; Hieron., *Ep. ad Ocean.*, 69, 5 (*P. L.* 22) ; Scæv., *D.*, XXIV, 1, 66 pr. ; Alex., *C.*, V, 11, 1 ; Paul., *D.*, XLV, 1, 134 pr. ; Just., *C.*, VII, 6, 1, 9 ; V, 4, 29, 7 ; V, 27, 10 pr. ; *Nov.*, 74, c. 4, 1.

§ 3. **Empêchements à mariage.** — Les empêchements à mariage sont absolus ou relatifs, suivant que les personnes auxquelles ils s'appliquent sont incapables de contracter un mariage valable d'après la loi romaine, ou seulement de se marier avec certaines personnes.

1. Empêchements absolus. — L'empêchement est absolu pour les esclaves et pour les pérégrins qui n'ont pas le *conubium*. L'union entre esclaves est un *contubernium* qui n'a pas de valeur juridique (1). Le mariage entre pérégrins est un *matrimonium* (2). Il est régi par les lois ou les coutumes pérégrines lorsqu'il a lieu entre pérégrins de la même cité ou de cités différentes ayant entre elles le *conubium;* dans le cas contraire, il est régi par le *jus gentium* (3). Les *justæ nuptiæ* ne sont possibles qu'entre citoyens romains, ou entre un citoyen romain et une pérégrine jouissant du *conubium* (4). Le mariage entre un Romain et une pérégrine sans *conubium* n'est qu'un *matrimonium :* on lui a attribué quelques effets (5).

2. Empêchements relatifs. — Les empêchements relatifs résultent de la parenté, ou de l'alliance (C. civ. 161-164), ou d'une disposition spéciale de la loi.

a) Dans l'ancien droit, le mariage entre parents était interdit jusque et y compris le 6e degré (6). Cette règle ne s'appliquait que dans la ligne collatérale, entre personnes qui descendent d'un auteur commun, sans descendre l'une de l'autre. En ligne directe, c'est-à-dire entre personnes qui descendent l'une de l'autre, l'intervalle qui séparerait l'ascendant de son descendant au 6e degré dépasserait les limites de la vie humaine : le mariage est toujours interdit. — En ligne directe, les degrés de parenté se déterminent par le nombre de générations : le fils est au 1er degré par rapport à son père, au 2e degré par rapport à son grand-père. En ligne collatérale, on compte le nombre de générations qui séparent chacune des personnes de l'auteur commun, et l'on fait l'addition : le neveu est au 3e degré par rapport à son oncle, les cousins germains sont entre eux au 4e degré.

L'empêchement à mariage résulte non seulement de l'agnation, mais aussi de la cognation : c'est un des cas très rares où l'ancien droit tient compte de la parenté naturelle. L'empêchement résulte également de l'adoption, mais, après l'émancipation, il ne subsiste qu'en ligne

(1) Paul., II, 19, 6. On n'en tient compte qu'au point de vue des empêchements à mariage si l'enfant né de cette union devient libre, ainsi que son père ou sa mère.

(2) Gaius, I, 75; 66-68; 29; 66-67.

(3) Gaius, I, 92. Cf. sur cette distinction de Boeck, *le Preteur peregrin*, 1881, p. 142; Chénon, *la Loi pérégrine à Rome*, 1891, p. 16. En Égypte, le mariage, pour être pleinement valable, devait être constaté par écrit et accompagné de conventions matrimoniales. Il existait aussi un mariage d'ordre inférieur appelé ἄγραφος γάμος. Sur les différences qui séparent ces deux sortes de mariage, cf. les conjectures de Mitteis, *Grundzuge*, I, 205. Il faut peut-être rapporter à cette sorte de mariage la décision de Just., *C.*, V, 27, 10 et 11.

(4) Nombreux exemples de concession du *conubium* aux femmes des vétérans. Cf. les diplômes militaires, *C. I. L.*, III, p. 1955.

(5) Pap., *Collat.*, IV, 5, 1; Gaius, I, 75.

(6) Liv., XX, frg. (*Hermes*, I, 372) : entre 513 et 535. Un demi-siècle plus tard, l'usage avait changé : les mariages entre cousins étaient permis. Liv., XLII, 34. Cf. Tac., *Ann.*, XII, 6.

directe (1). L'alliance est encore un empêchement à mariage en ligne directe. Le beau-père ne peut, après la mort de son fils, épouser sa belle-fille : la belle-mère ne peut épouser son gendre (2).

Le droit classique a restreint les empêchements en ligne collatérale : le mariage fut permis après le 4e degré, puis après le 3e. Depuis Claude, on peut même épouser la fille d'un frère, mais non la fille d'une sœur. A l'inverse on a étendu l'empêchement résultant de l'alliance à des personnes dont on n'est pas l'allié : la veuve d'un beau-fils, le mari d'une belle-fille prédécédée.

Quelle que soit la nature de l'empêchement, il a toujours pour sanction la nullité absolue du mariage; si l'empêchement vient à disparaître, le mariage devient valable sans rétroactivité (3). Il peut y avoir aussi une sanction pénale : l'inceste est puni par la loi Julia *de adulteriis*. En cas d'inobservation d'un empêchement en ligne directe (inceste du droit des gens), la peine ordinaire est, pour la femme, la confiscation de la dot; pour le mari, la relégation dans une île et la confiscation de la moitié des biens (4). Pour un empêchement en ligne collatérale ou entre alliés (inceste du droit civil), la femme n'est pas punie; le mari encourt une peine moins sévère si le mariage n'a pas été clandestin (5).

Bien que le mariage soit nul, si la femme a été de bonne foi, le mariage produit des effets au profit des enfants qui ont l'état d'enfants légitimes. On lui a également attribué des effets au profit de la femme. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui un mariage *putatif* (6).

b) Entre patriciens et plébéiens le mariage fut interdit jusqu'en 309. La loi des Douze Tables, tout en consacrant l'égalité civile des membres des deux ordres, ne jugea pas possible de lever un empêchement confirmé par la religion. Mais il y avait là une marque d'infériorité qui souleva les protestations de la plèbe : sur les instances du tribun Canuleius, la loi supprima cet empêchement (7).

c) Le mariage entre ingénus et affranchis était anciennement prohibé par l'usage ; mais au temps de Cicéron, cet usage n'était guère observé : l'opinion publique était devenue plus tolérante. Auguste voulut maintenir la pureté de la race dans l'ordre sénatorial, empêcher l'infusion du sang servile dans les veines de l'aristocratie. La loi Julia *de maritandis ordinibus* interdit aux sénateurs et à leurs descendants par les mâles jusqu'au 3e degré de contracter mariage avec des personnes de la classe des affranchis. Pour les autres citoyens de naissance ingénue,

(1) PAUL., *D.*, I, 7, 23; GAIUS, I, 59-61; *h. t.*, 17 pr. En Anatolie, il était d'usage d'encourager le fils adoptif à épouser la fille de l'adoptant pour que la dot reste dans la famille. Cf. CALDER, inscr. de Karakilissé, nos 7 et 9. (*Klio*, X, 239).

(2) CIC., *p. Cluent.*, 5.

(3) PAP., *D.*, XXIII, 1, 15; GAIUS, I, 59-62; ULP., V, 6. La théorie des empêchements résultant de l'alliance a été formulée par les classiques (ARISTO ap. POMP., *D.*, XXIII, 2, 40; JUL., in *Inst.*, I, 10, 9; GAIUS, I, 63). Paul invoque une interprétation donnée par Auguste (*D.*, XXIII, 2, 14, 4).

(4) PAUL., *D.*, I, 5, 11.

(5) PAUL., II, 26, 15; *h. t.*, 68. *Collat.*, VI, 3, 3; PAP., *D.*, XLVIII, 5, 38, 2-3.

(6) MARCIAN., *h. t.*, 57 a; ULP., *D.*, XXIV, 3, 22, 13. C. civ. 201, 202.

(7) LIV., IV, 6.

elle leva l'antique défense. Exception fut faite pour les femmes notées d'infamie (1).

d) Sont prohibés par la loi les mariages de la femme adultère avec son complice (2); du tuteur ou de son fils avec son ex-pupille; du curateur avec la mineure de 25 ans placée sous sa curatelle. Exception est faite pour le cas où le père de la jeune fille l'aurait fiancée ou destinée par testament à son tuteur ou curateur. Des mandats impériaux défendent aux fonctionnaires d'une province d'épouser une femme de cette province (3). Il est également interdit aux soldats légionnaires (4) de se marier pendant qu'ils sont au service (5), mais, en diverses circonstances, les empereurs ont atténué les effets de cette prohibition (6). Elle n'existe plus au Bas-Empire (7).

e) Les empereurs chrétiens ont créé de nouveaux empêchements à mariage : entre l'oncle et la nièce (8), entre beau-frère et belle-sœur (9). Il est défendu à un Romain d'épouser une barbare, à un chrétien d'épouser une juive et réciproquement (10), à un sénateur d'épouser une femme de condition vile (11). Dans ces divers cas le mariage est

(1) Ulp., XIII, 2; XVI, 2; Paul., *h. t.*, 44 pr. Un Sc. de Marc-Aurèle et Commode a permis à tout citoyen d'exercer une action publique contre le sénateur contrevenant à la loi. Un rescrit de Sévère interdit à un affranchi d'épouser sa patronne ou la fille de son patron. *C.*, V, 4, 3.

(2) Paul., *D.*, XLVIII, 5, 40 pr.

(3) Paul., *h. t.*, 51; 63: 38; 65.

(4) Sur l'application de cette règle aux soldats des troupes auxiliaires, cf. Mitteis, *Grundzüge*, 283, 1. Sur les femmes des militaires, cf. le tarif de Koptos, *Inscr. gr. ad r. R.*, I, 1183.

(5) La question est controversée. L'existence d'un empêchement est attestée par : 1° Dio, LX, 24. Claude accorde aux soldats les *jura maritorum* pour échapper aux lois caducaires, parce que, d'après la loi, ils ne peuvent se marier; 2° Herod., III, 8, 5 : S. Sévère concède aux soldats comme un privilège le droit de se marier; 3° *P. Berlin*. 114, 1-11; Mitteis, *Chrest.*, 372 : le préfet d'Égypte, par un jugement du 5 janvier 117, refuse d'accueillir une demande en restitution de dépôt formée par une femme contre un soldat. Ce dépôt, dit-il, est une dot; or il n'est pas permis aux soldats de se marier. — Le doute vient de ce que les documents juridiques parlent du mariage des militaires (Paul., *D.*, XXIII, 2, 65; Pap., 35; XXIX, 1, 36, 2) sans faire aucune allusion à cette incapacité; de nombreuses inscriptions se rapportent à des soldats mariés (Costa, *Storia*, 49). Mais ces textes supposent sans doute un mariage contracté avant l'entrée au service (Hadr., ap. Pap., *D.*, XLIX, 17, 13; 16 pr.; Gaius, *D.*, XXIV, 1, 61), ou bien sont de l'époque où les soldats ont été relevés de leur incapacité. Lesquier, *Acad. Inscr.*, CR., 1917, p. 227.

(6) Un édit de Domitien de l'an 88-89 accorde aux vétérans légionnaires de l'armée de Judée le droit de cité romaine pour les enfants qu'ils déclareront sous serment avoir eus *in militia*. (Wilcken, *Chrest.*, 463; Girard, *Textes*, 193.) Par une lettre de l'an 119, Hadrien informe le préfet d'Égypte qu'il entend adoucir la rigueur de la loi qui refuse tout droit sur la succession paternelle aux enfants que les légionnaires ont eus pendant leur service contrairement aux règlements militaires : il leur accorde la *bonorum possessio unde cognati* (*P. Berlin*, 140).

(7) Constantin., *Nov.*, 22, c. 14; Just., *Nov.*, 74, c. 4, 3.

(8) Constance et Constant, *C. Th.*, III, 12, 1 (Phœnicio).

(9) *Ibid.*, 2. Le mariage entre cousins germains fut prohibé par Théodose Ier; mais la défense, levée en Orient par Arcadius en 396 (*C. Th.*, III, 11, 13), fut maintenue en Occident par Honorius (*C. Th.*, III, 10, 1), sauf le cas où l'on obtiendrait une dispense de l'empereur (Symmach., *Ep.*, IX, 133). Justinien a consacré l'usage suivi en Orient et autorisé le mariage entre cousins (*Inst.*, I, 10, 4).

(10) Valent., Val., *C. Th.*, III, 14, 1. Valent., Theod., Arcad., *C.*, I, 9, 6.

(11) Constantin., *C. Th.*, IV, 6, 3. La sanction est l'infamie; en outre *placet... (senatores) peregrinos a romanis legibus fieri*. Dans *C.*, V, 27, 1, on a substitué *alienos* à *peregrinos* (p. 94, 1). Lors du mariage de Justinien avec Theodora, exception fut faite par Justin pour les comédiennes qui ont renoncé à leur profession

nul, et les contrevenants encourent des peines parfois très sévères (1).

§ 4. **Preuve du mariage.** — Sous la République, il existait un mode officiel de constatation des mariages : le censeur faisait prêter aux citoyens qui comparaissaient devant lui le serment *de uxoribus*. Il les invitait à déclarer s'ils avaient eu la volonté de prendre une épouse légitime (2). Sous l'Empire, il faut prouver dans chaque cas particulier l'existence de l'*affectio maritalis* qui distingue le mariage du concubinat. La preuve était facile lorsque le mariage avait été accompagné des cérémonies consacrées par l'usage, ou lorsqu'on avait rédigé un contrat (3). En l'absence d'écrit ou de témoins, Théodose II décide que la cohabitation fait présumer le mariage entre personnes de condition égale (4); depuis Justin, il suffit que les personnes soient libres et ingénues (5).

§ 5. **Le concubinat.** — Le concubinat est une sorte d'union fondée sur une affection durable (6). Il diffère du mariage par l'intention qui a présidé à sa formation (7). Dans les idées romaines, le mariage implique la volonté de prendre femme suivant les usages de la cité (8), de faire participer cette femme à la considération, au rang social du mari (9); il implique de plus, pour les enfants en puissance, le consentement du père de famille. Toutes les fois qu'une de ces conditions n'est pas réalisée, il ne peut y avoir mariage : il y a concubinat (10).

Cette sorte d'union procède d'un sentiment de réaction contre une conception trop étroite du mariage. Son développement a été motivé par les restrictions arbitraires apportées par la loi à la liberté du mariage (11). Le concubinat n'est pas une de ces unions passagères que la morale réprouve (12). Aussi lorsque Auguste, pour rétablir la pureté des mœurs antiques et régénérer le mariage, a édicté des peines contre ceux qui entretenaient des relations contraires aux bonnes

(*C.*, V, 4, 23, 1). La Nov. 117, c. 6, a supprimé l'empêchement à mariage relatif aux sénateurs.

(1) *C.*, V, 5, 4 et 6; *Nov.*, 12, 1, pour l'inceste. Le crime de rapt est puni de mort : Constantin, *C. Th.*, IX, 24, 1; *Inst.*, IV, 18, 8.

(2) Gell., IV, 3 : *Uxoremne habes ex animi tui sententia.*

(3) Suivant l'usage des pays de culture hellénique. Cf. Mitteis *Grundz.*, 217. En Egypte, les contrats étaient enregistrés à Alexandrie : δημοσίωσις διὰ τοῦ καταλογείου. *P. Oxy.* X, 1273, 38.

(4) Pour écarter cette présomption, il fallait une déclaration devant témoins. Cela résulte d'un texte interpolé de Marcien : *Sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur* (*D.*, XXV, 7, 3). Cf. *C. Th.*, III, 7, 3).

(5) *C.*, V, 4, 23, 1.

(6) *C. I. L.*, III, 6399; VI, 4501; X, 2552.

(7) Paul, *D.*, XXV, 7, 4.

(8) Sous l'Empire le mariage doit avoir lieu *secundum leges.* (*Vat. fr.*, 168.)

(9) Paul, *Vat. fr.*, 104; Pap., *D.*, XXXIX, 5, 31 pr.

(10) La question de savoir si une femme est épouse ou concubine s'apprécie d'après l'état social respectif des parties. Pap., *loc. cit.*; Mod., *D.*, XXIII, 2, 24; Marcel. *eod.* 41. 1. Ulp., *D.*, XXXII. 49, 4 : *nisi dignitate, nihil interest.* Paul, *D.*, XXXIV, 2, 35 pr.; Pap., *D.*, XXXIV, 9, 16, 1 cite un personnage clarissime qui *Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat.* Cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XXIII, 308.

(11) Cujas et beaucoup d'auteurs après lui (Accarias, I, 248) ont présenté le concubinat comme un mariage d'ordre inférieur, un demi-mariage, et lui attribuent certains effets. Cette opinion, exacte pour le Bas-Empire, ne l'est pas pour l'époque classique. Cf. Labbé sur Ortolan, II, 695-700.

(12) Gide (*Condition de la femme*, 549) a confondu le concubinat avec le concubinage. Cette opinion n'a rencontré aucun crédit.

mœurs, a-t-il eu soin de spécifier que le concubinat ne tomberait pas sous le coup de la loi (1) à deux conditions : que la femme soit nubile ; qu'il n'y ait aucun empêchement résultant de la parenté, des bonnes mœurs, ou d'un mariage non encore dissous (2).

Auguste n'a pas été plus loin ; il n'a attribué au concubinat aucun effet juridique. Il n'entrait pas dans ses vues de favoriser, au détriment du mariage, une union irrégulière ; il lui suffit de la tolérer. On ne saurait donc admettre que le concubinat établisse un rapport entre l'enfant qui en est issu et son père. La paternité ne résulte pas, comme la maternité, d'un fait matériel facile à constater ; elle ne peut être légalement prouvée que par une présomption, et cette présomption ne s'applique que si le père a eu la volonté d'avoir une *uxor justa* et de faire de ses enfants des héritiers siens.

L'enfant naturel est pour son père comme un étranger : en droit, il n'existe entre eux aucun lien (3). Le père ne doit rien à son enfant naturel ; le fils ne procure à son père aucun des avantages de la paternité (4). En fait, les mœurs suppléent ici à la loi (5) : le père transmet sa succession à son fils naturel en l'instituant héritier (6) ; il peut même lui désigner un tuteur testamentaire en lui laissant une part de son patrimoine (7). La règle qui précède souffre une exception : Hadrien a accordé aux enfants naturels des soldats un droit de succession contre leur père (p. 163, 6). C'est l'un des privilèges des militaires.

Si les enfants naturels n'ont acquis aucun droit contre leur père, leur situation a été modifiée vis-à-vis de leur mère. Cette innovation est la conséquence, non pas des lois d'Auguste, mais des effets attachés à la parenté naturelle, à la cognation : aussi ne fait-on aucune distinction entre les enfants nés de père inconnu et ceux qui sont issus du concubinat. L'enfant naturel a droit à des aliments : il peut les réclamer à sa mère, et même au père de sa mère. Il a vocation à la succession *ab intestat* de sa mère : le Préteur lui accorde la *b. p. unde cognati*.

Au Bas-Empire, le concubinat jadis toléré par l'opinion publique est réprouvé par la religion. La loi, sans le proscrire, ne reste plus indifférente ; elle manifeste son hostilité en frappant de certaines déchéances les enfants nés hors mariage et leur mère. Pour protéger la famille légitime, Constantin déclare ces enfants incapables de rien

(1) MARCEL., *D.*, XXV, 7, 3, 1 : *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis pœnam est.*

(2) ULP., *eod.*, 1, 3-4 ; SCÆV., *D.*, XXIII, 2, 54 ; ULP., *eod.*, 56 ; PAUL, I, 20, 1.

(3) On a objecté que la paternité naturelle forme un empêchement à mariage, est une juste cause d'affranchissement, permet de faire juger que l'enfant est un homme libre. Mais ce sont là des exceptions admises par respect pour les bonnes mœurs ou par faveur pour la liberté et qui n'ont rien de particulier à la paternité résultant du concubinat : elles s'appliquent également à la *cognatio servilis*. PAUL, *D.*, XXIII, 2, 14, 2 ; GAIUS, I, 39 ; ULP., *D.*, XL, 12, 7 pr. ; 3 pr. De même l'enfant naturel ne peut citer ses parents en justice : PAUL, *D.*, II, 4, 6.

(4) Cf. pour les *præmia patrum* et l'excuse de tutelle, Ortolan, II, 691-693.

(5) Voir les nombreuses inscriptions dédiées par les parents naturels à leurs enfants et réciproquement. *C. I. L.*, X, 1138, 4246. COSTA, *Storia*, 56.

(6) PAP., *D.*, XXXIV, 9, 16, 1. L'enfant naturel, élevé par son père, était présenté comme un *alumnus* : *cujus filiam, quam alumnam testamento appellaverat, vulgo quæsitam apparuit.*

(7) PAUL, *D.*, XXVIII, 6, 45 pr. ; HERM., *D.*, XXVI, 3, 7 pr.

recevoir à titre gratuit de leur père *(qui pater dicitur)*, soit directement, soit par personne interposée (1). Pour la première fois, la loi admet des rapports de paternité et de filiation formés hors mariage, non pas en faveur mais en haine des enfants naturels, pour restreindre leur capacité juridique (2). Valentinien Ier atténua la rigueur de la législation de Constantin : il permet de disposer à titre gratuit, dans une certaine mesure, au profit de l'enfant naturel et de sa mère quelle que soit la condition de celle-ci. La quotité est de 1/12 en présence d'enfants légitimes ou d'ascendants; de 1/4 dans le cas contraire.

Au VIe siècle, Justinien accorde, aux enfants naturels, une nouvelle prérogative : une part de la succession *ab* intestat de leur père, s'il ne laisse ni enfant ni femme légitimes; sinon ils ont droit à des aliments (3). Le concubinat produit dès lors une série d'effets juridiques : c'est une union inférieure au mariage *(inæquale conjugium)*, moins honorable *(sine honesta celebratione matrimonii)*, mais licite sous certaines conditions (4).

II. Effets du mariage et de la *manus*.

Aux premiers siècles de Rome, les effets du mariage quant à la femme se confondent en grande partie avec ceux de la *manus*. La femme est *filiæ loco :* elle devient l'agnate du mari et des agnats du mari; elle acquiert les droits attachés à l'agnation, tels que le droit à la succession *ab* intestat (5). Elle est *sororis loco* pour ses enfants : elle a vocation à leur hérédité légitime. Le mari ou, s'il est fils de famille, son père, acquiert sur la femme un droit analogue à la puissance paternelle (6); mais il ne peut la donner en adoption, ni l'émanciper, car ce serait méconnaître le but du mariage. Si la femme était *sui juris*, elle devient *alieni juris;* ses biens présents et à venir sont la propriété du mari (7).

Le mariage *sine manu* ne produit aucun de ces effets : la femme est étrangère à la famille civile du mari. Son père conserve sur elle tous ses droits : il peut la faire rentrer dans la maison paternelle en brisant le lien conjugal (8). Si elle est *sui juris*, elle conserve la propriété des biens qu'elle ne s'est pas constitués en dot. Le mariage *sine manu*

(1) La même incapacité atteint la mère. — Parmi les lois de Constantin sur les enfants nés hors mariage, deux ont été en partie conservées (note 2). Les autres sont mentionnées par Valentinien Ier (*C. Th.*, IV, 6, 4).

(2) La première loi de Constantin vise le fils légitimé de Licinius : elle lui retire le bénéfice de la légitimation et en fait un esclave comme l'était sa mère. Licinianus, alors âgé de 23 ans, est condamné à travailler, les fers aux pieds, dans la manufacture impériale de Carthage. *C. Th.* IV, 6, 2; 3.

(3) *Nov.* 89, c. 12, 4 et 6.

(4) *Nov.* Theod., 22, 8. *Legitima conjunctio*, par opposition à celle qui a lieu avec une esclave : Valent. II, *C. Th.*, IV, 6, 7 (Italie). *Licita consuetudo :* Just., *C.*, VI, 57, 5. Trois conditions sont requises : 1° que la femme soit de condition libre (Just., *l. c.*); 2° qu'elle soit *uxoris loco* dans la maison de celui avec qui elle vit (Anast., *C.*, V, 27, 6); 3° qu'il n'y ait qu'une seule concubine (*Nov.*, 89, c. 12, 4-5).

(5) Gaius, I, 118; II, 159; Ulp., *Collat.*, XVI, 2, 3.

(6) Il peut la manciper, sauf le cas où la *manus* a été acquise *farreo;* en faire l'abandon noxal lorsqu'elle a commis un délit : Gaius, IV, 80.

(7) La *manus* est un mode d'acquérir à titre universel. Gaius, II, 98; III, 83, 84.

(8) Ulp., *D.*, XLIII, 30, 1, 5; Paul, V, 6, 15.

devait être assez répandu, car les Décemvirs jugèrent utile de fixer les conditions sous lesquelles la femme échapperait à la *manus* en l'absence de *confarreatio* : elle doit chaque année quitter le domicile conjugal pendant trois nuits (1). Le mariage *sine manu* s'imposait presque à la femme lorsqu'elle était *sui juris*; elle ne pouvait guère espérer que son tuteur légitime consentirait à un mariage *cum manu* qui ferait passer les biens de la femme dans la famille du mari et enlèverait aux agnats de la femme la chance de les recueillir *ab* intestat à son décès (2).

A l'époque classique, les effets du mariage doivent être envisagés soit dans les rapports des époux entre eux, soit dans les rapports des époux avec les enfants issus de leur union. Ces effets sont indépendants, dans le premier cas, de la *manus*; dans le second cas, de la puissance paternelle. C'est là une grave innovation; elle est, quant aux rapports entre les époux, la conséquence de la défaveur dans laquelle est tombée la *manus*.

§ 1er. **Rapports des époux entre eux.** — Aucune loi n'a réglé d'une manière générale les rapports des époux entre eux. Dans l'ancien droit la question n'avait guère d'intérêt pratique : la femme, qui, d'ordinaire, était mariée *cum manu*, était soumise à une puissance analogue à la puissance paternelle; quant à la femme mariée *sine manu*, la loi ne s'en était pas occupée : les rapports entre époux étaient plutôt des rapports de fait. Cette abstention du législateur n'était pas sans avoir des inconvénients; on les a fait disparaître à mesure qu'on les a aperçus. La loi, la coutume, le Préteur ont attribué au mariage des effets spéciaux; la jurisprudence a déterminé la situation de la femme mariée *sine manu*. Il y a désormais une sorte de puissance maritale

a) Dès le VIe siècle de Rome, la loi Cincia *de donis et muneribus* cite les conjoints parmi les personnes exceptées de ses dispositions. La loi Pompeia qualifie *parricidium* le meurtre d'un conjoint par son conjoint (3). La coutume interdit les donations entre époux. Le Préteur accorde aux conjoints un droit de succession réciproque (4). Par honneur pour le mariage, la jurisprudence a fait admettre qu'aucune action infamante ne peut être exercée entre époux (5). Elle autorise la femme à revendiquer la liberté de son mari, même contre le gré de celui-ci, lorsqu'il passe pour esclave (6). Le bénéfice de compétence, réservé au mari poursuivi en restitution de la dot, est étendu par Antonin le Pieux à toute action intentée par la femme contre le mari, puis accordé

(1) *Usurpatio trinoctii* : GAIUS, I, 111.

(2) Cf. J.-J. LABBE, *Du mariage romain et de la manus* (*N. R. H.*, XI, 6). On a parfois comparé le mariage *sine manu* au mariage de la main gauche (VOIGT, *XII Taf.*, II, 707; ESMEIN, *Mélanges*, 21). S'il est vrai, comme nous l'avons montré, que la *manus* n'est pas la conséquence nécessaire du mariage, cette comparaison ne saurait être acceptée : on n'a pu considérer comme moins honorable un mariage contracté avec les mêmes cérémonies religieuses.

(3) MARC., *D.*, XLVIII, 9, 1.

(4) Un autre édit défend au mari qui cite sa femme en justice de refuser le fidéjusseur quel qu'il soit qui se présente *judicii sistendi causa* : *D.*, II, 8, 2, 2. Les époux sont autorisés à ne pas porter témoignage l'un contre l'autre. PAUL, *D.* XXII, 5, 4.

(5) SAB., PROC., JUL., ap. PAUL, *D.*, XXV, 2, 1; GAIUS, *eod.*, 2.

(6) ULP., *D.*, XL, 12, 3, 2.

à titre de réciprocité à la femme citée en justice par le mari (1).

A côté de ces dispositions spéciales, la jurisprudence a formulé quelques règles générales. S'inspirant des lois d'Auguste, qui reconnaissent à la femme certains droits, et de l'opinion publique qui était favorable à son émancipation, elle considère le mariage comme un lien entre deux personnes ayant des droits égaux et des devoirs réciproques. C'est une conception nouvelle substituée à celle qui plaçait la femme dans un état d'infériorité, et la mettait sous la dépendance du chef de famille de son mari. Conséquences :

1° La femme prend le rang social (2) et le domicile de son mari (3). Elle a le devoir d'habiter avec lui : si elle refuse de rentrer au domicile conjugal, le mariage est dissous (4);

2° Le mari doit pourvoir à l'entretien de la femme (5);

3° Il a le droit de la protéger et d'agir en justice en son nom (6);

4° La femme aide le mari dans les besoins du ménage (7);

5° Elle doit respect (8) et fidélité à son mari. Le devoir de fidélité est sanctionné par la loi Julia *de adulteriis*; cette loi permet d'intenter contre la femme une action publique qui entraîne la peine de la relégation et la confiscation d'une partie des biens (9). Le droit de poursuite est réservé pendant 60 jours utiles au mari et au père de la femme; après ce délai, tout citoyen peut l'exercer pendant quatre mois. Quant au mari, le devoir de fidélité est très imparfaitement sanctionné par une double déchéance du droit de poursuivre l'adultère de sa femme et d'invoquer les délais accordés pour la restitution de la dot.

b) Les règles consacrées par la jurisprudence pour le mariage *sine manu* n'ont pas été sans influer sur le mariage *cum manu*. On a reconnu certains droits au mari *alieni juris*. Quelques-uns des attributs de la puissance paternelle lui ont été transférés : il a le droit de répudier sa femme; il a aussi un droit de préférence pour intenter l'accusation d'adultère (10). Aussi certains textes disent-ils que le mari a la *manus* même s'il est fils de famille, et qu'il la conserve après son émancipation (11). Mais cette *manus* ne produit que des effets restreints : c'est le père de famille du mari qui a sous sa puissance les enfants issus du

(1) Ulp., VI, 8; Mod., *D.*, XLII, 1, 20. Le mari ne peut renoncer à ce bénéfice : ce serait une clause contraire aux bonnes mœurs, Ulp., *D.*, XXIV, 2, 14, 1. Paul, 17, 1.

(2) Ulp., *D.*, I, 9, 1, 1; Diocl., *C.*, V, 4, 10.

(3) Ant., Ver., ap. Papir., *D.*, L, 1, 38, 3; Ulp., *D.*, V, 1, 65. Cf. C. civ. 214.

(4) Diocl., *C.*, V, 17, 5. Il n'est pas nécessaire que le mari ait reçu le *libellus repudii* ou en ait eu connaissance. *Ibid.*, 6.

(5) Pap., ap. Ulp., *D.*, XXIV, 1, 21 pr. D'après Ulp., *D.*, XXIV, 3, 22, 8, la femme peut contraindre le mari en s'adressant au magistrat; mais ce texte interpolé exprime le droit de Justinien. Pour les frais des obsèques de la femme qui n'a pas d'héritier ou dont le père est insolvable, cf. Pomp., *D.*, XI, 7, 28.

(6) Paul, *D.*, XLVII, 10, 2 : *Quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore æquum est.* Cf. C. civ. 213.

(7) Pomp., *D.*, XXIV, 1, 31. La femme est *in officio mariti.* (Herm., *D.*, XXXVIII, 1, 48 pr.

(8) Pomp., *l. c.*; Ulp., *D.*, XLVIII, 5, 13, 5; cf. Theod., Val., *C.*, V, 17, 8, 2.

(9) Paul, II, 26, 14. Voir p. 179, 9.

(10) Ulp., *D.*, XLVIII, 5, 16; 2, 8.

(11) Gaius, I, 148 : *Nurus quæ in manu filii est*; III, 3; 41; Ulp., XXII, 14.

mariage de son fils (1); c'est lui qui acquiert la dot, même si le mari a un *peculium castrense* (2).

c) Au Bas-Empire, les effets du mariage ne sont plus modifiés par la *manus;* ils sont, en principe, les mêmes que ceux du mariage *sine manu* sous réserve de quelques modifications : 1° les empereurs chrétiens, à l'instigation des Pères de l'Église, ont rendu réciproque le devoir de fidélité. Ils l'ont sanctionné par la perte de la donation *ante nuptias* pour le mari, par la peine du parricide pour la femme (3). L'inégalité subsiste donc toujours entre les époux, quant à la sanction de l'adultère. Justinien a atténué la rigueur de la peine infligée à la femme : il l'a remplacée par celle de la fustigation et de la réclusion perpétuelle dans un monastère (4); 2° Constantin refuse aux tiers le droit de poursuivre la femme adultère. Il estime qu'il ne leur appartient pas de se faire juges de sa conduite, et que le droit qu'ils tenaient de la loi Julia était une source d'abus et de scandales. Seuls, le mari et les proches parents ont qualité pour intenter l'accusation (5); 3° la bigamie est interdite à tous les sujets de l'Empire (6) : elle donne lieu à une peine corporelle laissée à l'appréciation du magistrat; sous Justinien, elle est punie de mort; 4° la femme doit se conformer aux avis du mari pour sa conduite extérieure. C'est une idée nouvelle qui se fait jour, celle de la subordination de la femme au mari (7).

§ 2. **Rapports des père et mère avec leurs enfants.** — Le mariage établit entre les enfants et leurs père et mère le rapport de filiation. Ce rapport est indépendant de la puissance paternelle; il est la source de la parenté naturelle ou cognation. La filiation fait naître des droits au profit des père et mère à l'égard de leurs enfants; elle fait naître aussi des droits réciproques.

1° *a)* Les père et mère ont droit au respect et à la déférence. Comme sanction, ils ont le droit de correction (8) ; *b)* ils ne peuvent être cités en justice sans la permission du magistrat; *c)* ils jouissent du bénéfice de compétence (9); *d)* ils peuvent nommer à leur enfant impubère un tuteur testamentaire, qui sera confirmé par le magistrat sans enquête s'il a été désigné par le père, après enquête s'il l'a été par la mère.

2° Les droits réciproques entre les père et mère d'une part et les

(1) Ulp., *D.*, XLVIII, 5, 21 ; Gaius, *D.*, I, 7, 28

(2) Jul., *D.*, X, 2, 51 pr.; XXXV, 2, 85; Marcel., *D.*, XXIV, 3, 38. Pap., *D.*, XLIX, 17, 16 pr.

(3) *C.*, V, 17, 8, 5; Constans, *C. Th.*, XI, 36, 4

(4) La femme n'en peut sortir que si le mari la réclame dans le délai de deux ans. *Nov.*, 134, c. 10.

(5) *C.*, IX, 9, 30 pr.

(6) L'Edit prétorien déclarait infâme le bigame (*D.*, III, 2, 1). Au milieu du IIIe siècle, la bigamie n'était défendue qu'aux citoyens romains (*C.*, IX, 9, 18) ; Dioclétien a étendu la défense aux déditices (*C.*, V, 5, 2). Theoph., I, 10, 6. Cf C. pén., 340

(7) *C.*, V, 17, 8, 3

(8) Ulp., *D.*, I, 16, 9, 3. XXXVII, 15, 9; 1, 2; Tryph., 10; Quintil., XI, 1, 62,

(9) *D.*, II, 4, 4, 1, d'après un édit antérieur à Cicéron (Serv., *eod.*, 4, 3). Ulp., *D.*, XXXVII, 15, 7, 1; XLII, 1, 16.

enfants de l'autre ont pour objet : *a*) des aliments en cas de besoin; *b*) le paiement de la rançon du captif; *c*) un droit de succession privilégié *(jus antiquum)*, d'après les lois caducaires; *d*) l'exclusion des actions infamantes (1) et des accusations criminelles (2); *e*) la défense de témoigner en justice l'un contre l'autre (3).

Plus étendus sont les droits réciproques des enfants et de leur mère mariée *sine manu*. Anciennement, la mère était, vis-à-vis de ses enfants, comme une étrangère; elle n'était pas leur agnate; il n'existait, entre eux, aucun droit de succession. Le Préteur a comblé cette lacune en leur accordant la *bonorum possessio unde cognati*. Au IIe siècle, les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien leur ont attribué, sous certaines conditions, un droit de succession d'un rang supérieur. Sous Justinien, la *manus* a disparu; les descendants succèdent à leurs père et mère à l'exclusion des agnats.

3° La filiation ne suffit pas pour faire entrer l'enfant dans la famille de son père, pour produire l'agnation : il faut, en principe, le consentement du chef de famille. Cette règle fut modifiée par le Sc. Plancien en faveur de l'enfant né après le divorce, et cette modification a été appliquée sous Hadrien aux enfants nés durant le mariage ou après la mort du mari (4). Le père peut être forcé de reconnaître son enfant. Trop souvent le père s'y refusait pour laisser à la mère le soin de l'élever (5) : c'était un abus. Le Sénat restreignit le pouvoir du père : il oblige, sous certaines conditions (6), le mari de la femme divorcée à reconnaître l'enfant conçu pendant le mariage, à moins qu'il ne prouve que cet enfant n'est pas de lui. La sanction consiste en une poursuite *extra ordinem* dirigée contre lui (7).

La mère doit prouver qu'elle a satisfait aux conditions requises par le Sénat, et que l'enfant est à elle. La maternité est constatée par le seul fait de la naissance de l'enfant.

La preuve directe de la paternité n'est pas exigée de la mère; on se contente d'une double présomption : 1° l'enfant conçu durant le mariage est réputé avoir pour père le mari (8); 2° l'enfant est réputé conçu durant le mariage lorsqu'il est né plus de six mois après la for-

(1) ULP., *D.*, XXXVII, 15, 5, 1. Julien (*eod.*, 2 pr.) étend cette règle au cas où les parents ont constitué un *procurator*.

(2) Dans ce cas comme dans le précédent, la poursuite ou l'action est modifiée en la forme. (MACER., *D.*, XLVIII, 2, 11, 1; ULP., *D.*, IV, 3, 11, 1.)

(3) PAUL., V, 15, 3; DIOCL., *C.*, IV, 20, 6.

(4) MARCEL., *D.*, XXV, 3, 3 pr., 1. Le Sc. Plancien (JUL., ap. ULP, *eod.*, 1, 10) est du règne de Vespasien (PLIN., *Ep.*, X, 72). La loi de Gortyne, III, 18, contient une disposition analogue.

(5) ULP., *D.*, I, 6, 6.

(6) ULP., *D.*, XXV, 3, 1 pr. La femme est tenue de notifier au mari l'état de grossesse dans les 30 jours qui suivent le divorce. Le mari doit envoyer des gardiens (cf. C. civ. 393) ou désavouer l'enfant, sinon son abstention équivaut presque à un aveu : il est tenu de fournir des aliments à l'enfant; mais il conserve le droit de contester sa filiation et son titre à la qualité d'héritier sien. ULP., 1, 12-15.

(7) ULP., *D.*, XXV, 3, 1, 4 : action *de partu adgnoscendo*.

(8) *Semper certa mater est etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est quem nuptiæ demonstrant* (PAUL., *D.*, II, 4, 5). Cette présomption n'a pas eu à Rome l'importance qu'on lui attribue aujourd'hui (C. civ. 312). Elle n'est citée qu'une fois au Digeste, à propos de la règle qui oblige le fils à demander au Préteur l'autorisation d'agir en justice contre son père.

mation du mariage et moins de dix mois après sa dissolution. On admet que la durée normale de la gestation varie entre 182 jours au minimum et dix mois au maximum (1). Cette présomption est, d'ailleurs, moins forte qu'en droit moderne (C. civ., 312-315) : elle peut être combattue par toute espèce de preuve. La sentence rendue par le juge est opposable à toute personne intéressée (2).

Si la mère ne s'est pas conformée au sénatus-consulte, l'enfant exercera une action préjudicielle pour faire établir sa filiation et son droit à des aliments et à la qualité d'héritier sien (3).

Sous Justinien, on n'a pas maintenu la distinction du *præjudicium* et de l'action *de partu adgnoscendo* donnée en vertu du sénatus-consulte. La procédure étant toujours *extra ordinem*, on a confondu l'action prétorienne en réclamation d'état intentée par le fils, et l'action en reconnaissance forcée exercée par la mère (4).

L'innovation introduite par le Sc. Plancien aurait été dangereuse si le Sénat n'avait pris des mesures pour protéger le mari contre une fraude commise par la femme : la supposition de part. Le Sénat appliqua la peine du faux à la femme qui simule une grossesse pour imposer au mari la charge d'un enfant qui n'est pas issu du mariage. Par dérogation au droit commun, le droit d'accusation, au lieu d'appartenir à tout citoyen, est réservé aux intéressés (5).

III. Dissolution du mariage.

Le mariage, étant l'union de deux vies, ne se dissout, en principe, que par le prédécès de l'un des époux. Mais le mari ou, s'il est en puissance, le chef de famille, peut, en qualité de magistrat domestique, répudier la femme coupable d'une faute grave. Ce droit lui a été reconnu par les lois royales et par la loi des Douze Tables. Seul, le mariage *farreo* est indissoluble, à moins que la femme ne soit convaincue d'avoir commis certains actes délictueux (6). Il y avait un intérêt public à ne pas autoriser facilement la dissolution de ce mariage : on tenait à favoriser le recrutement des candidats aux fonctions sacerdotales. La dissolution a lieu, le cas échéant, par une solennité analogue à celle qui a servi à former le mariage : la *diffarreatio*. Si la *manus* a été acquise par *coemptio*, c'est-à-dire par mancipation, elle s'éteint par une remancipation suivie d'un affranchissement.

Le mari, qui répudie sa femme hors des cas précités, doit consacrer une partie de ses biens à Cérès, l'une des principales divinités

(1) Pius ap. Ulp., *D.*, XXXVIII, 16, 3, 12; cf. le formulaire d'Aquilius Gallus (Scæv., *D.*, XXVIII, 2, 29 pr.) et les exceptions admises par Hadrien et par le préteur L. Papirius (Gell., III, 16).

(2) Aucune réserve n'est apportée au droit du père de contester la légitimité de l'enfant. Ulp., *h. t.*, 1, 11 et 15-16.

(3) Rescr. Pii, ap. Ulp., 1, 15.

(4) *Inst.*, IV, 6, 13. La distinction de ces deux voies de procédure à l'époque classique, autrefois contestée par Lenel, est admise par lui (*E. P.*, 301).

(5) Ulp., *h. t.*, 1 pr.; Mod., *D.*, XLVIII, 10, 31, 1. Au temps de Plaute, la supposition de part donnait lieu à une action au quadruple avec *manus injectio* (*Truc.*, IV, 9, 49). Pour le règne de Tibère, Tac., *Ann.*, III, 22. Cf., C. pén., 345.

(6) Denys, II, 25; Plut., *Rom.*, 22.

qui président au mariage. Dans tous les cas, il doit offrir aux dieux mânes un sacrifice expiatoire.

§ 1er. Époque classique. — Le mariage se dissout de plusieurs manières : divorce, prédécès, captivité de l'un des époux, perte du droit de cité, à moins que l'autre conjoint ne consente au maintien du mariage (1); adoption de l'un des époux par le père de l'autre (2) : la parenté qui en résulte empêche le mariage de subsister.

Fort rare pendant plusieurs siècles, le divorce est très commun à la fin de la République : la licence des mœurs a rendu le lien conjugal très fragile. La coutume a consacré trois innovations : 1° la répudiation peut émaner de la femme aussi bien que du mari ; 2° le divorce peut avoir lieu par consentement mutuel *(bona gratia)*, mais pour des causes déterminées (3) ; 3° la répudiation peut être faite sans cause, sans qu'il y ait une faute imputable à l'un des époux (4). Innovation dangereuse qui méconnaît le but du mariage et compromet cette institution. Pourtant les Romains l'ont admise sans atténuation : toute restriction à la liberté de divorcer est nulle; on ne peut ni renoncer à ce droit, ni stipuler une peine contre celui qui en ferait usage (5).

La loi Julia *de adulteriis* s'est bornée à prescrire des mesures pour faciliter la preuve de la répudiation unilatérale : elle exige, à peine de nullité, une déclaration verbale devant sept témoins (6). Il était d'usage de notifier cette déclaration au conjoint répudié soit en personne, soit par un affranchi (7).

Le droit de répudiation ne put d'abord être exercé que par la femme *sui juris*. On l'a admis ensuite au profit de la femme mariée *cum manu* : au temps de Gaius, elle peut forcer son mari à la libérer de la *manus*. Le droit de répudiation doit être exercé par la femme en personne : si elle est en état de démence, son père, et non son curateur, est autorisé à répudier (8).

Lorsque la femme est *alieni juris* et mariée *sine manu*, le droit de répu-

(1) Cette réserve, qui n'est pas dans Paul., *D.*, XXIV, 3, 56, est attribuée à Constantin par *Nov.* 22, c. 13. Il est vraisemblable qu'elle a été insérée par interpolation dans Ulp., *D.*, XLVIII, 20, 5, 1; XXIV, 1, 13, 1; Alex., *C.*, V, 17, 1.

(2) Tryph., *D.*, XXIII, 2, 67, 3.

(3) Herm., *D.*, XXIV, 1, 60, 1; 62 pr.; Gaius, *eod.*, 61 : fonctions sacerdotales, stérilité, vieillesse, maladie, service militaire. Cf. Plaut., *Mil. glor.*, IV, 3, 31. Le divorce *bona gratia* n'entraîne aucune sanction pécuniaire pour les conjoints : Jul., *D.*, XXIV, 2, 6.

(4) Cic., *ad fam.*, VIII, 7, 2. La loi Julia de *marit. ord.* a fait une exception pour l'affranchie mariée à son patron; il lui est défendu de le répudier. Cette défense a été levée plus tard en faveur de la femme affranchie par fidéicommis. Mod., 10.

(5) Alex., *C.*, VIII, 38, 2 : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit.* Cette règle a été appliquée à l'Egypte romaine, bien qu'elle fût contraire à la coutume du pays. Dans un contrat de l'an 260, conclu entre des Egyptiens qui ont la qualité de citoyens romains, le futur promet simplement une indemnité de 40 drachmes si la femme est enceinte lors de la répudiation. *P. Oxy.* X, 1273, I, 33. Mais la coutume locale a persisté probablement chez les non-citoyens : on la retrouve dans un acte du VIe siècle. *P. Caire*, 67310, v°.

(6) Ulp., *D.*, XXXVIII, 11, 1, 1; Paul, *D.*, XXIV, 2, 9. L'affranchi du déclarant ne peut figurer comme témoin. Au temps de Cicéron on discutait la question de savoir si la répudiation devait avoir lieu en termes solennels, ou si elle résultait du fait que le mari avait contracté un second mariage. Cic., *de or.*, I, 40.

(7) Juv., VI, 146; Gaius, *D.*, XXIV, 2, 2, 1; 3. Cf. sur le *divortii libellus*, Pap., 9.

(8) Gaius, I, 194a; 137a. Ulp., *D.*, XXIV, 2, 4; XXIV, 3, 22, 9.

diation appartient également à son père qui conserva longtemps le droit de dissoudre à son gré le mariage, même contre la volonté de sa fille. C'était excessif : jurisconsultes et empereurs conseillent aux magistrats d'intervenir pour persuader au père de ne pas abuser de son droit (1). Dioclétien prit une mesure plus radicale : il accorda au mari un interdit *de uxore exhibenda* pour faire rentrer sa femme dans la maison conjugale (2).

La fréquence des divorces a déterminé le législateur à prendre des mesures dans l'intérêt des enfants conçus au moment de la dissolution du mariage : on avait à redouter la suppression de part. Le mari est autorisé à requérir l'intervention du magistrat pour faire constater la grossesse de sa femme et empêcher la suppression de l'enfant lors de sa naissance (3).

§ 2. **Bas-Empire.** — Un principe nouveau domine la matière : on doit être plus exigeant pour la dissolution du mariage que pour sa formation ; c'est l'intérêt des enfants qui le commande (4). Par suite, la captivité de l'un des époux n'empêche pas le mariage de subsister. Justinien permet toutefois au conjoint de se remarier au bout de cinq ans si l'existence du captif est incertaine (5). La répudiation unilatérale ne peut avoir lieu que pour des causes déterminées par la loi (6) ; sinon le conjoint qui a provoqué la rupture du mariage est sévèrement puni : la femme perd sa dot et la donation *ante nuptias* que le mari lui a faite ; elle ne peut se remarier avant cinq ans ; le mari rend la dot et perd sa donation. A défaut de dot ou de donation *a. n.*, le conjoint coupable perd un quart de son patrimoine, au maximum 100 livres d'or (7). Le droit de répudiation subsiste donc en théorie, mais son exercice est restreint par la crainte des pénalités édictées par la loi. Seul le divorce *bona gratia* est admis sans réserve (8), mais la femme ne peut se remarier avant un an (9).

§ 3. **Garde des enfants.** — Après le divorce, les enfants restent avec leur père ; mais en cas de mauvaise conduite du mari, la mère est autorisée à les garder (p. 132, 10). Dioclétien confère dans tous les cas au magistrat le droit de déterminer celui des parents qui aura la garde des

(1) *P. Oxy.* II, 237, VII, 12, VIII, 7, de l'an 89 ANT. P. ap. PAUL., V, 6, 15. M. AUR. ap. *C.*, V, 17, 5. ULP., *D.*, XLIII, 30, 1, 5.

(2) *C.*, V, 4, 11 ; V, 17, 5 ; HERM., *D.*, XLIII, 30, 2.

(3) M. AUR. VER., ap. ULP., *D.*, XXV, 4, 1 pr., 1. Cf. C. pén. 345 ; C. civ. 393.

(4) *C.*, V, 17, 8 pr. (préfecture d'Orient). Cf. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, 1900, p. 203.

(5) *Nov.*, 22, 7.

(6) *C. Th.*, III, 16, 1 ; *C.*, V, 17, 8 (adultère, inconduite, voies de fait, attentat à la vie du conjoint). ULP., *D.*, XXIV, 3, 22, 7, cite la folie furieuse, mais ce texte a été interpolé : la distinction des divers cas de folie, l'idée de considérer comme étant en faute le conjoint qui répudie son conjoint hors des cas prévus par la loi, sont étrangères aux classiques ; pour eux, le droit de répudier est absolu.

(7) JUST., *C.*, V, 17, 11 ; cf. *Nov.*, 117, 8-9 ; 12-13. D'après Constantin, la femme devait être exilée ; le mari ne pouvait se remarier.

(8) ANASTAS., *C.*, V, 17, 9. En 542, Justinien défendit le divorce, sauf pour cause de vœu de chasteté ou d'entrée en religion (*Nov.*, 117, c. 10) ; mais une des premières mesures de son successeur fut de le rétablir (*Nov.*, 140).

(9) Elle est en outre déchue de tout ce qu'elle a reçu de son mari à cause de mort ou par don de fiançailles (*C. Th.*, III, 8, 1 ; *C.*, V, 9, 2).

enfants; il n'est pas obligé de les partager suivant leur sexe (1). Depuis la Nov. 117, c. 7, si le divorce a lieu par la faute du mari, les enfants sont confiés à la mère non remariée qui les élèvera aux frais du père. Dans le cas contraire, le père en a la garde et les élève à ses frais, à moins qu'il ne soit pauvre et que la mère ne soit riche.

IV. **Seconds mariages.**

A l'époque antique, la veuve devait porter le deuil du mari pendant dix mois et ne pouvait se remarier dans ce délai (2). Cette règle, consacrée par une loi royale, serait devenue illusoire si l'édit Prétorien ne l'avait sanctionnée en inscrivant sur le catalogue des infâmes la veuve qui n'a pas, suivant l'usage, porté le deuil de son mari (3).

La jurisprudence classique a rattaché cette disposition à une idée nouvelle, celle de la confusion de part. Par suite l'empêchement à mariage doit être maintenu lorsque la femme est dispensée de porter le deuil du mari; il doit être levé si la femme met au monde un enfant avant l'expiration du délai (4).

La règle n'a pas été étendue au cas de divorce : on ne s'est pas occupé de prévenir l'incertitude qui peut exister sur la filiation de l'enfant lorsque la mère se remarie aussitôt après. La législation impériale, favorable aux seconds et subséquents mariages, n'a pas voulu mettre d'entraves à leur conclusion. Le mari divorcé doit se remarier sans délai s'il craint l'application des peines contre les hommes non mariés; la femme a obtenu de la loi Papia un délai de 18 mois en cas de divorce, de 2 ans en cas de prédécès du mari (5).

Au Bas-Empire, les seconds mariages ne sont ni encouragés comme au temps des lois caducaires, ni défendus. La femme ne peut, sous peine d'infamie, se remarier avant un an. Par une très heureuse innovation, des mesures ont été prises dans l'intérêt des enfants du premier lit. Le conjoint qui se remarie *(parens binubus)* est frappé de certaines déchéances : Théodose I[er] défend à la veuve remariée de disposer des biens qu'elle a reçus à titre gratuit *(lucra nuptialia)* de son premier mari : la propriété en est réservée aux enfants du premier lit; la mère n'en a que la jouissance et l'administration. Théodose II a étendu cette règle au veuf remarié (6). Léon I[er] défend au conjoint remarié de disposer à cause de mort, au profit de son nouveau conjoint, d'une part supérieure à celle de l'enfant du premier lit le moins favorisé (7).

(1) *C.* V, 24, 1. Cf. C. civ. 302-303. Dans l'Egypte romaine, les contrats de mariage ou à défaut les actes de divorce contiennent des clauses relatives au sort des enfants. *P. Oxy.* III, 497; VI, 906; *P. Flor.* 93; J. Maspero, *P. Caire*, I, 67006; II, 67154.

(2) Tac., *Ann.*, I, 10; Dio, XLVIII, 44; Plut., *Numa*, 12. La sanction était l'offrande aux dieux d'un sacrifice expiatoire. Les secondes noces des femmes étaient vues avec défaveur (Plut., *Quæst. R.*, 105; Tac., *Ann.*, II, 86). Les prêtres et prêtresses ne devaient avoir été mariés qu'une fois (Gell., X, 15).

(3) *Vat. fr.*, 320.

(4) Ner., Pomp. ap. Ulp., *D.*, III, 2, 11, 1-3. L'empêchement peut aussi être levé par un rescrit du prince : Paul, *eod.*, 10 pr.

(5) Ulp., XIV, 1.

(6) *C.*, V, 9, 3 et 5; cf. *Nov.*, 22, c. 21, 1; 22, c. 26, 1. Voir p. 192.

(7) *C.*, V, 9, 6, 2; *Nov.*, 23, c. 27-28. Cf. C. civ., 1098, 1496, 1527.

CHAPITRE IV

La dot.

I. Notion et caractère de la Dot.

Suivant un usage qui paraît remonter à l'origine de Rome, le mariage donne lieu à une constitution de dot. La dot est un apport fait au mari par la femme ou en son nom. Dans le mariage *cum manu*, l'acquisition des biens de la femme par le mari équivaut à une constitution de dot (1). Sans être une condition de validité du mariage, la constitution de dot est si usuelle qu'elle sert à distinguer le mariage du concubinat (2). C'est un devoir pour le père de donner à sa fille une dot en rapport avec sa fortune et avec le rang social du mari.

La dot, comme l'étymologie l'indique, est une donation ; elle procure au mari un enrichissement. Mais c'est une donation faite en faveur du mariage. Par suite, la réalisation du mariage est une condition tacite de la constitution de dot : si le mariage n'a pas lieu, l'apport fait au mari est considéré comme ne lui ayant jamais appartenu ; si le mariage a lieu, la dot est définitivement acquise au mari. Tel est le sens de la règle : *Dotis causa perpetua est* (3). La dot est destinée non seulement à subvenir aux besoins du ménage, mais aussi à pourvoir à l'entretien et à l'établissement des enfants. Le mari garde la dot, même en cas de prédécès de la femme ; les biens dotaux, confondus avec les biens du père, sont destinés à passer un jour aux enfants nés du mariage. La constitution de dot est le moyen le plus simple de faire parvenir à ces enfants les biens de leur mère.

A l'époque classique, la dot a changé de caractère : dans la plupart des cas ce n'est plus une donation pour le mari (4) ; c'est un apport, fait au nom de la femme pour aider le mari à supporter les charges du ménage (5), et qui doit être restitué à la dissolution du mariage. Tel est le cas : 1° de la *dot profectice*, constituée par le père de la femme, et qui est ainsi nommée, parce qu'en général elle doit retourner à son point de départ *(eo reversura unde profecta est)* ; 2° de la *dot adventice* constituée par la femme ou par un tiers, et qui est restituable en cas de prédécès du mari (6) ; 3° de la *dot réceptice*, constituée par un tiers, qui en stipule la restitution à son profit (7). Il en est autrement lorsque la dot a été

(1) Cic., *Top.*, 4, 23.
(2) Plaut., *Trin.*, III, 2, 63.
(3) Paul., *h. t.* [*D.*, XXIII, 3], 1. Cf. P. Gide, *Condition de la femme*, 502.
(4) Jul., *D.*, XLIV, 7, 19 : *Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur qui dotem petit.*
(5) Marc., *D.*, XX, 6, 8, 13. Est nulle la promesse d'une dot payable après le mariage. Aristo, Nerat., Pomp., ap. Paul., *h. t.*, 20.
(6) Ulp., VI, 3-5 ; *h. t.*, 5. La distinction de la dot adventice et de la dot profectice était admise au temps de Cicéron : Serv., ap. Lab., *h. t.*, 79 pr.
(7) Gai., *D.*, XXXIX, 6, 31, 2.

constituée par un tiers en vue de gratifier le mari : ici, la dot est pour le mari une libéralité (1).

Si la dot n'est plus une donation à l'égard du mari, il n'en est pas de même à l'égard de la femme. Cela n'est pas douteux soit dans le cas où un tiers remet *animo donandi* certains biens à la femme pour qu'ils lui servent de dot, soit dans le cas où il les remet directement au mari et permet à la femme d'en stipuler la restitution. La solution paraît devoir être la même si la femme n'a pas stipulé la restitution (2).

II. **Constitution de dot**.

La dot est ordinairement constituée avant le mariage; mais par une faveur spéciale, elle peut l'être aussi durant le mariage (3).

§ 1er. **Objet de la dot.** — La dot peut avoir pour objet toute chose corporelle ou incorporelle (4), même un patrimoine (5). Très souvent on estime les objets apportés en dot (6). En général, cette estimation vaut vente (7) : le mari est censé avoir acheté la chose pour le montant de l'estimation; la dot a dès lors pour objet le prix de la vente (8). Parfois cependant l'estimation est faite *taxationis causa* : elle a pour but de fixer la somme que le mari doit payer si la chose périt par sa faute (9); on évite ainsi les difficultés d'évaluation d'une chose qui n'existe plus. Mais, tant que la chose subsiste, elle reste dotale : donc, si elle est immobilière, elle est inaliénable sans le consentement de la femme; le mari n'a droit qu'aux produits qui ont le caractère de fruits (10). A la dissolution du mariage, c'est cette chose, et non sa valeur, qui doit être restituée.

On peut combiner ces deux modes d'estimation et convenir que les biens dotaux, existant à la dissolution du mariage, seront rendus en nature, les autres en argent d'après le montant de l'estimation. Le mari

(1) Le constituant jouit du bénéfice de compétence comme un donateur. Ulp., *h. t.*, 33. On a objecté Lab., *eod.*, 84 et Paul, *D.*, XLII 1, 41 pr., mais ces textes supposent que le constituant a entendu gratifier la femme et non le mari.

(2) Ulp., *h. t.*, 43, 1 : *Nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum.* Karlowa, II, 198.

(3) La règle existe au IIIe siècle : Paul, *Vat. fr.*, 110. Elle n'est pas admise par C. civ., 1394.

(4) Ulp., *h. t.*, 78, 2.

(5) Règle admise au IIIe siècle : Paul, *Vat. fr.*, 115; Alex., *C.*, V, 12, 4. Le mari ne devient pas ici l'ayant cause universel du constituant qui reste tenu envers les créanciers, mais le mari doit lui fournir de quoi les payer. Paul, *h. t.*, 72 pr.

(6) Dès le temps de Labéon et de Mela. Jav., *D.*, XXIII, 4, 32 pr. Paul, 12, 3.

(7) Ulp., *h. t.*, 10, 5.

(8) Alex., *C.*, V, 12, 5. L'analogie avec la vente se manifeste : 1° Quant aux risques : ils sont à la charge du mari dès que l'estimation est parfaite, c'est-à-dire dès le jour du mariage. Ulp., *h. t.*, 10 pr., 1, 4; 12, 1; Lab., ap. Pomp., *h. t.*, 18; 2° quant à l'usucapion : si l'on a donné en dot la chose d'autrui, le mari l'usucape *pro emptore* et non *pro dote* (Arg. Paul., *D.*, XLI, 9, 2; *Vat. fr*, 111); 3° quant à l'éviction : le mari a, contre le constituant, soit l'action née de la stipulation du double, soit l'action *ex empto* (Ulp., *eod.*, 16); 4° quant au droit de disposer de la chose : il n'est pas limité par la loi Julia (Alex., *C.*, III, 33, 6). — L'analogie n'est pas complète : *non simplex venditio sed dotis causa*, L'estimation est nulle si elle est trop forte ou trop faible : la spéculation n'est pas permise comme dans la vente (Pomp., *h. t.*, 6, 2), mais le mari peut offrir la *justa æstimatio.* (Ulp., 12, 1.)

(9) Pap., *h. t.*, 69, 7. Cf. Jav., *loc. cit.*; Diocl., *C.*, V, 12, 21.

(10) Sev., Car., *C.*, V, 18, 1.

est ici responsable de la perte fortuite ; mais il profite des accessoires de la chose, même de ceux qui n'ont pas le caractère de fruits (1). Dans le doute sur la portée de l'estimation, on présume qu'elle vaut vente (2).

§ 2. **Modes de constitution.** — La dot se constitue entre vifs (3) de trois manières : par voie de dation, de *dictio*, de stipulation (4).

La constitution par voie de dation comprend, non seulement le transfert d'un droit de propriété ou l'établissement d'un droit réel, mais toute aliénation faite à cause de dot, autrement qu'en exécution d'un engagement antérieur : une remise de dette, la renonciation à une servitude (5). Le constituant n'est pas tenu à la garantie de l'éviction, sauf dans trois cas : lorsqu'il s'y est obligé (6) ; lorsque la dot a été estimée *venditionis causa ;* en cas de dol (7).

La constitution par voie de promesse sur stipulation et la *dotis dictio* diffèrent de la constitution par voie de dation en ce qu'elles ne sont parfaites que par l'exécution de la promesse *(numeratio dotis)*. Lorsque la promesse de dot avait pour objet des quantités, une loi, antérieure à Scipion l'Africain, accordait au constituant la faculté de se libérer en trois annuités *(annua, bima, trima die)* (8).

Au Bas-Empire, depuis Théodose II, la dot se constitue par un simple pacte. Le mari peut exiger la dot en quelques termes que la promesse ait été faite, qu'il y ait ou non un écrit, alors même qu'il n'y aurait eu ni *dictio* ni stipulation subséquente. Le pacte de dot est sanctionné par une *condictio ex lege :* c'est un pacte légitime.

§ 3. **Pactes dotaux.** — L'ancien droit n'a pas réglementé l'association conjugale quant aux biens. De deux choses l'une : ou le mariage est *cum manu*, et les biens de la femme entrent dans le patrimoine du mari : ou il est *sine manu*, et la règle est la séparation de biens : seuls les biens apportés en dot deviennent la propriété du mari ; les autres forment les paraphernaux.

A défaut de loi, les rapports des époux étaient régis par les conventions matrimoniales. Ces conventions avaient pour objet : 1° de fixer le montant de la dot, les conditions du payement (9), les droits du

(1) Scæv., *D.*, XXIV, 3, 50. Cf. Pellat, *Textes sur la dot*, 123 ; Demangeat, *De al condition du fonds dotal*, 59.

(2) Alex., *C.*, V, 12, 5.

(3) La dot peut être constituée à cause de mort par un legs *per vindicationem*. Toutefois, les textes ne parlent que d'une constitution indirecte résultant d'un legs *per damnationem ;* ici la dot n'existe qu'après l'exécution du legs par l'héritier. Pap., *D.*, XXXV, 1, 71, 3. Cf. Gaius, *D.*, XXX, 69, 2 ; Proc., Jul., *h. t.*, 48, 1.

(4) Ulp., VI, 1 ; *h. t.*, 21 et 23.

(5) Ulp., *h. t.*, 43. Ces actes, ne constituant ni une promesse de dot ni une *dotis dictio*, doivent rentrer dans la *dotis datio*. Ce n'est d'ailleurs qu'une question de classification. Certains auteurs pensent que la division d'Ulpien ne s'applique qu'aux cas les plus fréquents. Mais Ulpien s'exprime de même dans un passage (XI, 20) relatif à l'application d'une disposition de la loi Julia, et là son énumération est certainement complète. Cf. Karlowa, II, 196.

(6) Ulp., *h. t.*, 16 ; Marc., *eod.*, 52.

(7) Sev., Car., *C.*, V, 12, 1. Cf. Gérardin, *N. R. H.*, XX, 5.

(8) Polyb., XXXII, 13, 5 : κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους. Suivant une ancienne coutume, la *suppellex* devait être fournie dès la première année (εἰς δέκα μῆνας).

(9) Juv., II, 119 ; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XXIII, 4, 4 ; Scæv., *D.*, XXXIII, 4, 12 ; Pap., *D.*, XXXVIII, 16, 16 ; Jul., ap. Afr., *D.*, XXIII, 5, 11. — Jav., *D.*, XXIII, 4, 32, 1 ; Cels., *D.*, II, 14, 33 ; ap. Pomp., *D.*, XXIII, 4, 10.

mari (1); les clauses relatives à la restitution (2); 2° de déterminer les droits respectifs du mari et de la femme sur les paraphernaux; 3° d'imposer au mari certaines obligations au profit de la femme, par exemple de lui payer chaque année une somme d'argent pour son entretien (3). A l'époque classique, l'usage de ces conventions a persisté; on put s'en dispenser pour les biens dotaux depuis l'établissement du régime dotal, mais le plus souvent on faisait un pacte dotal.

Les conventions matrimoniales sont libres en principe; mais elles ne doivent contenir rien de contraire au régime dotal (4), ni au but que la dot sert à réaliser. On ne peut, par exemple, reculer le terme fixé par la loi pour la restitution des quantités comprises dans la dot (5), ni convenir que le mari rendra tout le profit qu'il retirera de la dot durant le mariage, car il ne lui resterait plus rien pour supporter les charges du ménage (6). Par exception, on peut augmenter la quotité fixée par la loi pour la rétention *propter liberos*, en cas de prédécès de la femme ou de divorce : c'est un encouragement à la procréation des enfants (7).

Lorsque les pactes dotaux interviennent après le mariage (8), ils ne peuvent ni enlever à la femme, ni amoindrir, sans son consentement, le droit qu'elle a acquis sur la dot. Cette règle s'applique, quel que soit le constituant (9).

§ 4. **Les paraphernaux.** — Dans le mariage *sine manu*, la séparation de biens est le régime du droit commun. La femme se réserve la propriété d'une partie de ses biens *(bona recepticia, parapherna)* (10), le surplus devant former la dot. Les paraphernaux sont administrés par la femme, à moins qu'elle n'en confie la garde à son mari (11). Il est d'usage de dresser un inventaire *(rerum libellus)* des paraphernaux et de le faire signer par le mari. Cet acte sert de preuve en cas de dissolution du mariage. Quant aux biens acquis par la femme durant le mariage, et dont elle ne peut indiquer la provenance, ils sont présumés donnés par son mari ou par ses enfants. Cette présomption, proposée par Q. Mucius, évite des recherches indiscrètes (12).

(1) Fr. Sinaï, 5 : *Si specialiter scriptum sit in dotali instrumento non licere viro pignerare provincialia prædia...*
(2) Paul, *D.*, XXIV, 3, 45; Callistr., *eod.*, 48.
(3) Jul., *D.*, XXIII, 4, 22; Scæv., *D.*, XVII, 1, 60, 3; XV, 3, 20 pr., 21.
(4) Paul, *D.*, XXIII, 4, 12, 1; 16, distingue les pactes qui *ad voluntatem* et ceux qui *ad jus pertinent* : les premiers seuls sont libres. On peut convenir que la femme pourvoira à son entretien, mais non qu'elle ne pourra rien réclamer de sa dot. Cf. C. civ,, 1388-1390.
(5) Paul, *eod.*, 14 et 16 : *Ne mulieris deterior conditio fiat.* Le mari ne peut non plus renoncer à son droit aux *retentiones* ni pour les objets donnés, car ce serait contraire à la prohibition des donations entre époux, ni pour les objets détournés, car ce serait inviter la femme au vol, ni pour les impenses nécessaires qui diminuent la dot de plein droit. (Paul, *eod.*, 5, 1 et 2; Fr. Sinaï, 9.)
(6) Marcel., ap. Ulp., *eod.*, 4.
(7) Jul., ap. Ulp., *Vat. fr.*, 120; *D.*, XXXIII, 4, 1, 1.
(8) Le droit moderne ne le permet pas : C. civ., 1395.
(9) Pomp., *D.*, XXIII, 4, 7: Paul. *h. t.*, 21; 23; 28; Ulp., *D.*, XXIV, 3, 29 pr.
(10) Gell., XVII, 6, 6. Ulp., *D.*, XXIII, 3, 9, 3 : *Quæ Græci* παράφερνα *dicunt, quæque Galli peculium appellant.*
(11) *Consult.* II, 2; Theod. II, *C.*, V, 14, 8.
(12) Ap. Pomp., *D.*, XXIV, 1, 51; Sev., *C.*, V, 16, 6. Cette présomption n'a pas été

La séparation de biens qui existe entre époux mariés *sine manu* entraîne une double conséquence : 1° les époux peuvent conclure entre eux un acte juridique (prêt, vente, donation) en tant qu'il ne rentre pas dans la classe des actes prohibés entre époux (1) ; 2° l'un des conjoints peut exercer contre l'autre une action *rei persecutoria* (2) ou même l'action de la loi Aquilia (3).

La séparation des biens paraphernaux et des biens dotaux peut être écartée par une convention spéciale : comme dans le mariage *cum manu*, la femme peut transférer au mari la propriété de ses biens présents et à venir ; à la dissolution du mariage, elle réclamera les paraphernaux par une *condictio* (4). On trouve enfin des exemples d'une communauté entre époux, établie sous la forme d'une société de tous biens (5).

Au Bas-Empire, il est d'usage de mettre en commun la jouissance des paraphernaux. La veuve ne peut demander compte des fruits (6).

III. Le régime dotal.

Le régime dotal date d'Auguste : c'est du moins à cette époque que la loi a posé des règles tendant à la conservation et à la restitution de la dot. Mais depuis longtemps, la pratique avait devancé la loi : l'usage faisait un devoir au mari de fournir à la femme répudiée des moyens d'existence en lui remettant une portion plus ou moins forte des biens qu'il avait acquis de son chef (*res uxoria*).

§ 1. **Droit du mari sur la dot.** — Le mari est propriétaire de la dot. Il peut exercer toutes les actions qui protègent la propriété (7) ; il a le droit d'user, de jouir (8), de disposer, sauf une restriction : la loi Julia *de adulteriis* (9) défend au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme (10). On a voulu encourager la femme au mariage, en lui fournissant le moyen de soustraire une partie importante de sa fortune à la dissipation du mari. La restriction ne s'applique pas aux meubles ni aux fonds provinciaux : le mari peut en disposer librement, mais il engage sa responsabilité lorsqu'il se met hors d'état de restituer en nature les corps certains composant la dot (11).

consacrée par notre Code civil : elle ne peut plus être invoquée (Cass., 18 mai 1897. Cf. Planiol, III, 1659).

(1) Cato, ap. Gell., XVII, 6, 1. Cic., *p. Cæc.*, 4, 11. Treb., ap. Pomp., *D.*, XLI, 6, 3 ; Ulp., *D.*, XXIV, 1, 15 pr.

(2) Paul, *D.*, IX, 2, 56 ; Ulp., *eod.*, 27, 30. L'action *furti* est exclue entre époux : Ulp., *D.*, XXV, 2, 15, 1. Il en est de même des actions pénales. Diocl., *C.*, V, 21, 2.

(3) Arist., ap. Paul, *D.*, XXIV, 3, 6, 5 ; Jul., *eod.*, 22, 1 ; Ulp., 24 ; Marc., 25.

(4) Marc., Sev., Carac., ap. Ulp., *D.*, XXIII, 3, 9, 3.

(5) Scæv., *D.*, XXXIV, 1, 16, 3 ; cf. Martial, IV, 75.

(6) *Nov. Val.*, 13, 1. La règle n'a pas été reproduite par Justinien ; mais le mari n'est tenu que de la faute *in concreto* (*C.*, V, 14, 11, 2).

(7) Par exemple la *condictio furtiva*. Gaius, *D.*, XLVII, 2, 49, 1.

(8) Le mari a droit aux fruits, mais non au trésor (Ulp., *D.*, XXIV, 3, 7, 12).

(9) Loi du règne d'Auguste (Sen., *De ben.*, VI, 32 ; Suet., *Aug.*, 34 ; Ulp., *D.*, XLVIII, 5, 1), antérieure à la mort d'Horace (en 746) qui, dans une de ses odes (IV, 5, 21), parle des peines de cette loi contre le *stuprum*. Elle est vraisemblablement postérieure à la loi Julia *de marit. ordin.* Elle a pour objet principal la répression de l'adultère (p. 168) ; on y a joint un chapitre *de fundo dotali*.

(10) Gaius, II, 63 ; Paul, *Sent.*, II, 21 *b*, 2. Le fonds, estimé *venditionis causa*, échappe à la prohibition ; il n'est pas dotal. Cf. p. 176, 8.

(11) Scæv., *D.*, XXIV, 3, 50. On explique l'exclusion des meubles dotaux, en

La loi ne protège que les fonds italiques (1); sans doute parce qu'Auguste avait en vue la reconstitution des grandes familles de l'ordre sénatorial, dont la fortune était surtout territoriale (2).

L'interdiction d'aliéner a été entendue dans un sens large : on l'a appliquée à l'usucapion (3). Le fonds dotal est imprescriptible, sans quoi il eût été trop facile d'éluder la prohibition de la loi. L'interdiction s'applique à l'usucapion qui commence durant le mariage, et non à celle qui a commencé avant : la dotalité n'est pas une cause d'interruption, ni le mariage une cause de suspension de l'usucapion (4).

Est également considérée comme une aliénation, la constitution d'une servitude réelle ou personnelle, l'extinction par non usage d'une servitude prédiale (5). Pour la constitution d'un gage, la loi Julia l'a expressément interdite au mari, même avec le consentement de la femme (6). Mais, la loi Julia ne s'applique pas aux aliénations nécessaires qu'il ne dépend pas du mari d'éviter, comme une demande en partage formée par un copropriétaire, ni aux transmissions à titre universel (7).

La jurisprudence a étendu, dans une certaine mesure, la prohibition d'aliéner à la période qui précède et à celle qui suit le mariage : le fiancé ne peut aliéner le fonds dotal; le mari ne le peut pas non plus après la dissolution du mariage, tant que subsiste l'obligation de restituer (8).

L'aliénation, faite contrairement à la loi Julia, n'est pas nulle de plein droit : le vice de l'acte peut être effacé par la ratification de la femme. En général le sort de l'aliénation est en suspens jusqu'à la dissolution du mariage : on ne peut l'attaquer que si la femme a droit à la restitution de sa dot (9). Si la femme a stipulé cette restitution, l'aliénation est nulle dans tous les cas (10). A défaut de stipulation, si le mariage est

disant que la loi ne pouvait les protéger d'une manière efficace; il eût été trop facile de les soustraire à la revendication. Cette raison serait acceptable s'il n'y avait dans la loi une autre réserve qu'on ne peut justifier de cette façon.

(1) D'après Gaius, la loi vise les fonds dotaux mancipés au mari, ou cédés *in jure*, ou usucapés, c'est-à-dire ceux dont il a acquis la propriété quiritaire, et qui ne peuvent être que des fonds italiques.

(2) Il fallait justifier d'une fortune d'un million de sesterces pour être admis et maintenu au sénat. Les sénateurs, ne pouvant s'enrichir dans le commerce (Liv., XXI, 43; 63), achetaient des immeubles italiques; les placements en fonds provinciaux étaient mal vus. Trajan décida qu'un tiers au moins de la fortune requise pour entrer dans les magistratures ou au sénat devrait consister en terres italiques. (Plin., *Ep.*, VI, 19.) Les sénateurs provinciaux étaient rares au début de l'empire; lorsqu'ils devinrent plus nombreux, on se demanda si l'on devait étendre aux fonds provinciaux la protection de la loi (Gaius, *l. c.*). On hésita sans doute à porter atteinte à l'autonomie des cités provinciales en restreignant le droit des possesseurs de ces fonds, car au ve siècle la loi Julia n'était encore appliquée qu'aux fonds italiques. (Fr. Sinaï, 5.)

(3) Sev., Car., *C.*, V, 23, 1; Paul, *D*,, L, 16, 28 pr. : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi.*

(4) Tryph., *D.*, XXIII, 5, 16. Notre Code civil admet le contraire (a. 2251, 2255) : il a donc eu tort de maintenir une conséquence de la règle romaine : a. 1561.

(5) Jul., ap. Ulp., *D*,, XXIII, 5, 5.

(6) *Inst.*, II, 8 pr.

(7) Paul, *D.*, XXIII, 5, 1; Ulp., *eod.*, 2 pr., 1; Gord., *C.*, V, 23, 2.

(8) Jul., in *C.*, VI, 1, 6, 5; Gaius, *D.*, XXIII, 5, 4; Paul, *eod.*, 3, 1.

(9) Scæv., *D.*, XXIV, 3, 50, où *ratum habere* a le sens de confirmer; Paul, *l. c.*

(10) Il en est de même, le cas échéant, de la vente qui a pu motiver l'aliénation. Pap., *D.*, XXXI, 77, 5.

dissous par le prédécès de la femme, le mari n'ayant rien à rendre, l'aliénation est confirmée (1). Si, au contraire, le mariage est dissous par le prédécès du mari ou par le divorce, l'aliénation est nulle; le mari, étant resté propriétaire, doit céder à la femme son action en revendication, sinon le Préteur, tenant la cession pour accomplie, donne à la femme une action utile. Encore faut-il que la femme exerce l'action *rei uxoriæ* : si elle est morte avant d'avoir mis en demeure le mari ou son héritier, l'aliénation ne peut plus être attaquée (2).

§ 2. **Droit de la femme.** — Ce titre montre combien le droit classique est loin du régime patriarcal où le chef de famille a seul des droits. La législation d'Auguste a fait passer la femme au premier plan : elle lui donne la prééminence sur le mari, en lui attribuant un droit de *veto* sur l'aliénation du fonds dotal italique. La femme qui est en tutelle perpétuelle, la femme dont on proclame la légèreté d'esprit, va décider du sort d'un acte accompli par son mari. Un changement aussi profond dans la situation de la femme n'était pas facile à concilier avec les principes du droit antérieur. Comment justifier théoriquement le droit de la femme, sinon en admettant qu'elle reste propriétaire du fonds dotal? Et comment, d'autre part, concevoir cette propriété retenue par la femme après la mancipation consentie au mari? On aurait pu traiter le mari comme un copropriétaire, mais il était difficile de suivre cette idée jusqu'au bout, sans méconnaitre la destination que la dot doit recevoir durant le mariage, sans compliquer outre mesure les rapports des époux et entraver l'administration des biens dotaux. On aurait pu aussi traiter le mari comme un usufruitier, mais, c'eût été une innovation bien hardie en présence des habitudes romaines, qui considèrent le chef de famille comme étant le seul propriétaire dans la maison.

Les jurisconsultes classiques ont pris le parti le plus simple et le plus pratique : ils ont maintenu le principe que les biens dotaux deviennent la propriété du mari, mais ils ont eu soin de les séparer du reste de son patrimoine. Ces biens dotaux forment une masse juridiquement distincte des biens propres du mari (3). La dot est une universalité juridique, un patrimoine (4) : elle comprend un actif et un passif. Ce patrimoine est susceptible de s'augmenter ou de décroître (5) : les éléments qui le composent peuvent être tous renouvelés (6), sans que le patrimoine soit modifié dans son identité. Or, comme ce patrimoine doit un jour revenir à la femme, on peut dire que la dot est à la

(1) Pap., *D.*, XLI, 3, 42; Marc., *D.*, XXIII, 5, 17.

(2) Ulp., VI, 7; *Vat. fr.*, 95, 112. D'après Ulp., *D.*, XXIII, 5, 13, 3, l'héritier de la femme obtiendra le même *auxilium* qu'elle : cela doit s'entendre de l'intervention du magistrat pour lui accorder une revendication utile, et non d'une dérogation à la règle sur l'intransmissibilité de l'action *rei uxoriæ*.

(3) *Veteres*, ap. Ulp., *D.*, XI, 7, 16 : *quasi de patrimoniis suis*.

(4) Ulp., *D.*, IV, 4, 3, 5 : *Dos ipsius filiæ proprium patrimonium est.*

(5) Paul., *h. t.*, 4; Ulp., *D.*, XXXIII, 4, 1, 4; Fr. Sinai, 13.

(6) Par suite d'un échange (Mod., *h. t.*, 26; Ulp., *eod.*, 27; Gaius, *eod.*, 54. Cf. sur ce texte Pellat, 242), ou d'un partage, lorsque le mari a reçu une soulte en argent. (Tryph., *eod.*, 78, 4.)

femme (1), tout en reconnaissant qu'elle est dans les biens du mari (2).

Si le droit de la femme sur la dot se manifeste surtout après le mariage, il produit quelques effets avant sa dissolution : 1° en cas de dissipation de la dot, la femme peut demander qu'elle soit mise sous séquestre ; 2° si le mari devient insolvable, la femme peut immédiatement réclamer sa dot ; 3° dans certains cas, la loi autorise la restitution anticipée de la dot (3).

§ 3. **Restitution de la dot.** — 1. Période antérieure a Auguste. — D'après une loi attribuée à Romulus, la femme répudiée a droit à une part des biens du mari (4). Il ne s'agit pas d'une peine infligée au mari, car, à l'époque antique, la répudiation avait toujours pour cause une faute de la femme et ne pouvait être prononcée sans l'assistance du tribunal domestique ; on n'avait pas à craindre la partialité du chef de famille. La loi s'est inspirée d'une tout autre pensée : elle a voulu assurer à la femme répudiée des moyens d'existence.

La disposition de la loi royale, sanctionnée par la religion, perdit son efficacité sous la République, lorsque les pontifes ne furent plus en état d'en assurer l'exécution. Puis, avec l'affaiblissement de la moralité publique, l'autorité du tribunal domestique fut souvent méconnue. Plus d'une fois la répudiation fut prononcée pour une cause frivole, et le mari, en invitant la femme à reprendre ses effets personnels, ne se faisait pas scrupule de la laisser dans une situation précaire. Certes, il s'exposait au blâme des censeurs, mais ces magistrats n'exerçaient leurs fonctions que pendant 18 mois tous les cinq ans (5) ; dans l'intervalle la femme pouvait souffrir de la décision inique prise à son égard par son mari. L'usage s'introduisit de confier à un arbitre le soin de tracer au mari ou au chef de famille du mari les devoirs qu'il avait à remplir envers la femme répudiée et à en déterminer l'étendue (6). L'arbitre disait au mari ce que ferait à sa place un homme de bien : accorder à la femme une valeur équivalente à sa dot (7), ou, en cas de faute grave, la priver de sa dot (8). Entre ces deux partis extrêmes, il y avait bien des nuances dont l'arbitre tenait compte pour attribuer à la femme une quotité plus ou moins forte de la valeur de sa dot.

La sentence de l'arbitre n'avait qu'une valeur morale comme celle du censeur. Mais les parties pouvaient la rendre juridiquement obligatoire de deux manières : 1° lors de la constitution de la dot, en faisant promettre au mari ou au chef de sa famille de restituer, en cas de répudia-

(1) Elle retire de la dot un émolument actuel, car les fruits des biens dotaux sont appliqués aux charges du mariage : Tryph., *eod.*, 77. Aussi peut-elle dès à présent intenter l'action *ex stipulatu duplæ*, si le mari est évincé du fonds dotal qu'elle avait acheté. Pomp., *D.*, XXI, 2, 22, 1.

(2) Tryph., *h. t.*, 75 : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* Ulp., *eod.*, 7, 3 ; Paul, *D.*, L, 1, 21, 4. Cf. Demangeat, 82.

(3) Paul, *h. t.*, 73, 1 ; cf. Pellat, *op. cit.*, p. 366.

(4) Plut., *Rom.*, 22.

(5) Depuis la loi Æmilia de 320.

(6) L'*arbitrium rei uxoriæ* est mentionné par Cicéron (*Top.*, 17 ; *De off.*, III, 15.).

(7) Ter., *Hec.*, 500 : *Renumeret dotem.* Plaut., *Stich*, 203.

(8) Cat., ap. Gell., 23, 4 : *Multare dote* par opposition à *condemnare* employé dans le cas où la femme a commis un des crimes prévus par la loi de Romulus, Cf. Huschke, *Die* multa, 303.

tion, la valeur fixée par l'arbitre. Cette promesse était confirmée par une stipulation : c'était une *cautio rei uxoriæ* (1); 2° en choisissant l'arbitre, les parties demandaient au Préteur de lui donner les pouvoirs d'un juge. Dans le premier cas, le mari est passible d'une action civile; dans le second, d'une sorte d'action prétorienne. Quelle que soit l'action exercée (2), le mari est obligé de rendre, dans la mesure fixée par l'arbitre, la *res uxoria*, c'est-à-dire les biens qu'il a acquis du chef de la femme à titre de dot, ou par l'effet de la *manus* (3).

L'*arbitrium rei uxoriæ*, ayant pour but d'assurer à la femme des moyens d'existence (4), n'a d'abord été admis que dans le cas de répudiation. Il n'a pas de raison d'être si le mariage est dissous par le prédécès de la femme; il est inutile si le mariage est dissous par le prédécès du mari, car de deux choses l'une : ou la femme était *in manu*, et dans ce cas elle a la qualité d'héritière domestique; ou elle était mariée *sine manu*, et alors il était d'usage de lui laisser un legs pour subvenir à ses besoins.

L'usage de l'*arbitrium rei uxoriæ* pour régler les rapports pécuniaires des époux en cas de répudiation était doublement insuffisant :

1° Lorsque la répudiation était motivée par une faute de la femme, le mari ne pouvait attendre que la femme fût disposée à choisir un arbitre; elle avait intérêt à gagner du temps pour rendre plus difficile la preuve de sa faute. Le Préteur jugea utile d'intervenir : il créa le *judicium de moribus mulieris*, action pénale et intransmissible activement et passivement (5). Grâce à cette action, le mari peut faire statuer sans retard sur la culpabilité de la femme et obtenir une condamnation consistant dans la privation totale ou partielle de la dot et portant atteinte à l'honorabilité (6).

2° Lorsque, en prévision d'une répudiation imminente, la femme détournait certains biens du mari, on considérait cet acte, non comme un vol, mais comme une tentative de se faire justice sans attendre la décision de l'arbitre. Dans ce cas, de deux choses l'une : ou la femme consent à aller devant un arbitre, et celui-ci autorise le mari à retenir

(1) D'après Servius Sulpicius (GELL., IV, 3), l'usage de cette stipulation s'introduisit lorsque Sp. Carvilius Ruga répudia sa femme pour cause de stérilité (vers l'an 523). Aulu-Gelle ajoute que, pendant cinq siècles, il n'y eut à Rome et dans le Latium ni stipulation, ni action *rei uxoriæ*, parce que les mariages n'étaient pas alors rompus par le divorce. Cette assertion ne doit pas être prise à la lettre : 1° il y eut des divorces à Rome avant le VIe siècle; Valère Maxime (II, 9, 2) en cite un exemple de l'an 447; 2° il n'y a pas trace de l'action *rei uxoriæ* au VIe siècle.

(2) On a prétendu que la stipulation *rei uxoriæ* eut de tout temps pour objet la restitution pure et simple de la dot. Mais il est difficile de croire qu'on ait, dès le VIe siècle, admis une dérogation aussi flagrante à la règle *Dotis causa perpetua est*.

(3) Cf. BECHMANN, *Dotalrecht*, 38; CZYHLARZ, *Dotalrecht*, 41; VOIGT, *XII Taf.*, II, 714. La distinction de *dos* et de *res uxoria* ressort de plusieurs feuillets des *Vat. fr.*, 94 et suiv. Le premier porte les mots *de dotibus*, les autres *de re uxoria*. Le titre général était certainement : *de re uxoria ac dotibus*. Dans une scholie de *Vat. fr.*, 108, on lit : Paul. lib. 8 Resp. titulo *De re uxoria*.

(4) Cf. ULP., *D.*, XLVIII, 20, 5, 1 : *quasi humanitatis intuitu hodie nata actione*.

(5) PLIN., *H. n.*, XIV, 13, 14; VAL. MAX., VIII, 2, 3; PAUL, *D.*, XXIV, 3, 15, 1. La faute de la femme donna lieu dès lors à une *publica coercitio* (PAUL, *D.*, XXIII, 4, 5 pr.) par opposition à la *privata coercitio* de l'arbitre. Cette action existait au VIIe siècle. (GELL., X, 23.)

(6) La femme était tenue de fournir la caution *judicatum solvi*. GAIUS, IV, 102.

sur la somme qu'il doit payer à la femme la valeur des objets détournés (1); ou, ce qui est à prévoir, elle refuse, et le mari n'a aucun moyen de vaincre sa résistance et d'obtenir la réparation du dommage subi. Ici encore le Préteur est intervenu : il a créé l'action *rerum amotarum* pour forcer la femme à rembourser au mari la valeur des objets détournés (2). Il permet d'ailleurs au mari de déférer à la femme le serment sur le fait du détournement; mais le mari doit jurer d'abord qu'il n'agit pas par chicane (3).

2. Lois d'Auguste. — Les lois d'Auguste transformèrent le devoir de restituer en une obligation proprement dite; l'*arbitrium rei uxoriæ* devint une action civile, l'action *rei uxoriæ*. On considéra qu'il était d'intérêt public de sauvegarder la dot des femmes pour qu'il leur fût plus facile de se remarier (4). Mais l'obligation imposée au mari fut limitée dans son étendue : la loi détermina soit les causes en raison desquelles le juge pourrait autoriser des retenues sur la dot, soit la quotité de ces retenues, en distinguant suivant que le divorce avait lieu par la faute du mari ou de la femme (5).

L'obligation du mari a été garantie dans son exécution. La créance de la femme a été classée parmi les créances privilégiées : en cas d'insolvabilité du mari, la femme est payée avant les créanciers chirographaires (6). En cas de confiscation du patrimoine du mari, on ne peut toucher à la dot (7). La femme peut aussi obtenir du Préteur, sur les biens de son mari prédécédé, un envoi en possession *dotis servandæ causa* (8).

3. Stipulation de restituer la dot. — L'obligation de restituer la dot est souvent conventionnelle. La situation du mari est très différente suivant qu'il a ou non promis sur stipulation de rendre la dot (9). S'il y

(1) C'est la *retentio propter res amotas* conservée dans l'action *rei uxoriæ*.

(2) Cette action existait à la fin de la République. (Ofil., ap. Paul, *D.*, XXV, 2, 3, 3.) Elle était traitée comme une *condictio*. (Gaius, *eod.*, 26.) Cf. Lenel, II, 26. Karlowa, II, 222, 1180. — La loi de Gortyne contient une disposition analogue (III, 5-16) : en cas de dénégation, la femme doit prêter le serment purgatoire.

(3) Ulp., *eod.*, 11, 2.

(4) Paul, *D.*, XXIII, 3, 2 : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt.*

(5) Ulp., VI, 10, 13. Les lois d'Auguste ont consacré et peut-être complété une pratique antérieure. La retenue *propter liberos* est connue de Cicéron, ainsi que la règle qui la refuse au mari si le divorce a lieu par sa faute. (*Top.*, 4, 19). La retenue *propter mores* était visée dans la loi Julia *de adulteriis :* cela paraît résulter de Scæv., *D.*, XXIV, 3, 47 qui invoque l'esprit de la loi pour refuser au mari, coupable de *lenocinium*, le droit d'intenter l'accusation d'adultère. Il semble donc que la même loi réglait la retenue *propter mores* et l'accusation d'adultère.

(6) Ulp., *D.*, XXIV, 3, 22, 18. Ce privilège fut étendu par la jurisprudence au cas de mariage manqué et de mariage putatif : il fut également accordé à la fiancée. (Paul., *D.*, XLII, 5, 18; Ulp., *eod.*, 17, 1 et 19 pr.) Le privilège de la femme ne peut être invoqué par ses héritiers.

(7) Dio, XLIII, 50; XLVII, 14; XLVIII, 8. Edit du préfet d'Egypte du 28 septembre 68 : *Inscr. ad res R.*, I, 1263. Voir cep. Paul, V, 12, 10. Il en était autrement sous la République : Sylla confisqua la dot de la femme de J. César avec le reste du patrimoine. (Suet., *Cæs.*, 1.)

(8) Marcel., *D.*, XLVI, 3, 48; Peg., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 9.

(9) Cette stipulation ne doit pas être confondue avec la *cautio rei uxoriæ* dont l'objet était différent. Cette distinction que nous avons signalée (*Inst. jur.*, I, 501; I², 173) a été admise par Voigt (I, 785) et par Karlowa (I, 213). On a objecté qu'à l'époque où s'introduisit l'usage des *cautiones rei uxoriæ*, au VIe siècle, les Ro-

a eu stipulation, il est tenu d'une obligation de droit strict qui s'exécute sans ménagement, sans restriction, de quelque manière que la mariage ait été dissous, et qui est transmissible aux héritiers. A défaut de stipulation, le mari est, sous l'Empire, tenu, dès l'instant de la formation du mariage (1), de l'obligation éventuelle de restituer la dot dans des cas déterminés. Mais c'est une obligation *sui generis* : l'action *rei uxoriæ* qui la sanctionne a conservé les caractères de l'*arbitrium* usité sous la République (2). C'est une action civile, personnelle, de bonne foi (3), et qui présente de nombreuses particularités.

1° Elle ne peut être intentée en cas de prédécès de la femme (4). Une exception a été admise pour la dot profectice : d'après une règle qui remonte au temps de la République (5), cette dot doit être restituée au père de la femme prédécédée, sans distinguer si la femme était ou non sous la puissance paternelle. Cette règle a été inspirée par un sentiment d'équité : si, en cas de divorce, le mari garde la dot, il est équitable que le père la recouvre en cas de prédécès de sa fille (6). 2° En cas de prédécès du mari, si le testament contient, suivant l'usage, un *legatum dotis*, la femme doit opter entre ce legs et l'action *rei uxoriæ* (édit *de alterutro*) (7). 3° Si la femme est sous la puissance de son père à la dissolu-

mains ne sanctionnaient pas les stipulations incertaines (Esmein, *N. R. H.*, XVII, 147; Girard, 1007, 1) C'est une simple assertion qui est contredite par Boèce (in Cic., *Top.*, 47). Il est bien plus difficile de croire que l'on ait, à cette époque, fait rentrer une *universitas* comme la dot dans la classe des *res certæ*, ou que l'on ait donné le nom de *cautio rei uxoriæ* a une stipulation qui aurait eu pour objet, non pas la *res uxoria*, mais sa valeur pécuniaire.

(1) On a soutenu que l'obligation du mari ne se forme qu'à la dissolution du mariage. (Bechmann, I, 150-194; Czyhlarz, 213; Girard, 1012.) Mais comment le mari serait-il responsable de son dol et de sa faute s'il n'est pas déjà obligé? Ulpien présente le mari comme débiteur *ex contractu*. (*D.*, XIII, 5, 1, 6; 6, 5, 2.)

(2) Il y a deux exemples de ces *arbitria* relatifs à des personnages historiques, l'un de 594 pour la dot de la femme de Paul-Emile (Polyb., XVIII, 18, 6; XXXII, 8, 4), l'autre de 633 pour celle du tribun C. Gracchus (Jav., *D.*, XXIV, 3, 66 pr.) Plusieurs des règles appliquées à l'action *rei uxoriæ* remontent a cette époque.

(3) Gaius, IV, 62. D'après Esmein (*l. c.*, 145), l'action *rei uxoriæ* aurait été d'abord pénale; elle aurait réprimé le délit consistant dans la répudiation injuste faite par le mari. Cette opinion est fondée sur des analogies plus apparentes que réelles et ne tient pas compte du caractère que les textes assignent à la demande formée par la femme : 1° si les lois royales accordent à la femme, répudiée en dehors de certains cas, un droit à une part des biens du mari, ce n'est pas pour punir le mari, car la répudiation prononcée par le tribunal domestique n'était pas admise pour des causes frivoles; 2° l'analogie, qui existe à certains égards entre l'action *rei uxoriæ* et les actions prétoriennes d'injures, *sepulcri violati*, *de effusis et dejectis*, ne prouve pas qu'elles aient un caractère commun. La mission confiée à l'arbitre répugne au caractère des actions pénales. Cicéron (*Top.*, 17) rapproche l'*arbitrium rei uxoriæ* des *arbitria* donnés à l'occasion d'actes contractuels, société, mandat : l'arbitre examine *quid virum uxori, quid uxorem viro præstari oporteret*, ce qu'il est impossible d'appliquer à l'action d'injures et aux deux autres actions pénales. Cf. Costa, *Storia*, 20, 2. Pernice, *Sav. Z.*, XX, 131.

(4) Si la femme a été tuée par le mari, l'action se transmet aux héritiers. (Proc., ap. Pomp., *D.*, XXIV, 3, 10, 1.)

(5) Serv., Lab., *D.*, XXIII, 3, 79 pr.

(6) Ulp., *eod.*, 5, 11; XXIV, 2, 5. D'après Pomp., *D.*, XXIII, 3, 6, le père recouvrerait la dot à titre de consolation. C'est une interpolation; la raison invoquée est en contradiction : 1° avec le début du texte qui annonce un secours accordé *patri*; 2° avec Ulp., *D.*, XXIV, 2, 5, qui permet au père de recouvrer la dot du vivant de sa fille, si elle a divorcé pour l'empêcher d'user de son droit. L'idée de consoler les affligés est familière aux compilateurs : on la retrouve dans *Inst.*, I, 11, 10; *C.*, V, 12, 31 pr.; VI, 40, 3; VIII, 48, 5.

(7) Paul, *D.*, XXXIII, 4, 13; Theod., *C. Th.*, IV, 4, 7 pr.; Just., *C.*, IV, 13, 1, 3.

tion du mariage, le père ne peut exercer l'action *rei uxoriæ*, au nom de sa fille, sans son consentement : il agit *adjuncta filiæ persona* (1). C'est une dérogation au principe qui attribue au père toutes les acquisitions faites par les membres de la famille. 4° La formule de l'action *rei uxoriæ* contient les mots *æquius melius* (2). Le juge doit tenir compte de l'équité, mieux que dans une action de bonne foi. Il peut, par exemple, rectifier l'estimation *venditionis causa* de la dot, ce que ne pourrait faire le juge de l'action de bonne foi *ex vendito* (3). 5° L'action *rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta* : elle ne s'éteint pas par la *capitis deminutio* (p. 112, 5). 6° Le mari jouit, à titre personnel, du bénéfice de compétence. 7° Il doit rendre immédiatement la dot ou la partie de la dot consistant en corps certains. Pour les quantités (argent monnayé, blé, vin), il a la faculté de les restituer par tiers en trois annuités (4), sauf le cas où le divorce a lieu par sa faute. Cette distinction est très raisonnable : le mari ne peut garder à sa disposition une quantité d'argent ou de denrées équivalente à celle qu'il a reçue en dot pour être prêt à la restituer à l'époque incertaine où le mariage sera dissous. 8° L'action *rei uxoriæ* a pour objet soit les biens dotaux et leurs accessoires (5) dans l'état où ils se trouvent, si le mari a reçu des corps certains, soit une quantité équivalente, s'il a reçu des choses fongibles (6). Le mari, débiteur de corps certains, est responsable de son dol et de sa faute (7), mais non des cas fortuits (8). Quant aux fruits, il ne doit compte que de ceux de la dernière année; on en fait deux parts : l'une, qui est proportionnée à la durée du mariage pendant cette année, est gardée par le mari; l'autre doit être restituée à la femme (9).

4. Rétentions dotales. — La valeur à restituer en vertu de l'action *rei uxoriæ* est souvent diminuée par l'effet des rétentions dotales. Ces rétentions sont autorisées pour cinq causes :

a) Propter mores. — La rétention est de 1/6 en cas d'adultère de la femme, de 1/8 pour toute autre faute. Le mari, en cas d'adultère, est déchu du droit de restituer les quantités en trois annuités ; pour toute autre faute, le délai est réduit de moitié : la restitution a lieu par tiers de six en six mois. Quant aux choses frugifères dont la restitution est

(1) La formule est modifiée en conséquence : le nom de la fille figure dans l'*intentio*. Le père ne peut non plus se faire payer sans le consentement de sa fille : la créance en restitution est censée appartenir en commun à la fille et à son père. (Ulp., VI, 6; *D.*, XXIV, 3, 2, 1.) Si la fille est présente, on n'exige pas un consentement exprès : il suffit qu'elle ne s'oppose pas à la demande du père. Si elle est folle, le père est censé agir d'accord avec elle; si elle est absente, le père doit promettre qu'elle ratifiera (Jul., *eod.*, 22, 9).

(2) Boeth. in Cic., *Top.*, 17. La reconstruction de cette formule par Lenel, II, 21, est critiquée par Karlowa, II, 222.

(3) P. 176, 8. Cf. Jav., *D.*, XXIV, 3, 66, 7; Pomp., *eod.*, 10, 1 ; XLVI. 3, 82.

(4) La loi ancienne avait accordé ce délai pour la *numeratio dotis* (p. 177, 8). Par une juste réciprocité, on appliqua même règle à la restitution de la dot. Ulp , VI, 8.

(5) Pomp., *D.*, XXIV, 3, 11 ; Paul., *h. t.*, 4. Pour la restitution d'un usufruit, Tryph., 78 pr., 1-4. Pour la dot constituée par acceptilation, Ulp., 43.

(6) Gaius, *D* , XXIII, 3, 42.

(7) Cette faute est, sous Justinien, appréciée *in concreto*. Paul, *eod.*, 17, dont la fin est interpolée. En cas de non payement d'une créance, Sab., *eod.*, 33.

(8) Fr. Sinaï, 11 et 13.

(9) Paul, *D.*, XXIV, 3, 6; Pap., ap. Ulp., *eod.*, 7, 1. Cf. C. civ. 586.

immédiate, le mari doit compte des fruits de deux ans ou d'un an, suivant que la faute est grave ou légère (1). Les peines infligées aux époux ne sont donc ni égales ni proportionnelles. — *b) Propter liberos.* Cette rétention, qui est de 1/6 par enfant sans pouvoir excéder 3/6, a lieu quand le divorce est motivé par la faute de la femme ou du père sous la puissance duquel elle se trouve. Elle a pour but de punir la femme et d'indemniser le mari qui a la charge des enfants (2). — *c) Propter impensas.* Le mari peut retenir les biens dotaux jusqu'à concurrence de la valeur des dépenses nécessaires qu'il a faites. Ces dépenses sont celles dont l'omission aurait entraîné la perte ou la détérioration d'un bien dotal (frais de réparation d'une maison qui menace ruine (3). Elles diminuent la dot de plein droit, sans qu'on ait besoin de faire insérer une exception dans la formule (4). Le mari a également le droit de rétention pour les dépenses utiles ou d'amélioration (5), lorsqu'elles ont été faites du consentement de la femme (6). Quant aux dépenses voluptuaires ou de simple agrément, le mari n'a droit à aucune indemnité, mais il a la faculté d'enlever, en sa qualité de propriétaire, ce qui est susceptible de l'être sans détruire ni détériorer la chose (7). *d) Propter res donatas.* Le mari qui a fait une donation à sa femme peut retenir sur la dot la valeur des objets donnés. C'est un moyen d'invoquer la nullité de la donation entre époux. — *e) Propter res amotas.* Le mari peut retenir la valeur des objets que la femme a détournés à son préjudice et en prévision du divorce (8).

Le droit à la rétention *propter mores,* en cas d'adultère de la femme, n'enlève pas au mari le droit d'exercer, s'il le préfère, l'action *de moribus.* Mais cette action ne lui fait obtenir rien de plus (9); elle n'a plus pour objet de punir la faute de la femme *(coercitio morum),* depuis que la loi Julia *de adulteriis* a établi contre la femme adultère une procédure criminelle (10).

De même, si la femme a détourné certains objets en prévision du

(1) Ulp., VI, 12, 13. Cf. sur le sens des mots *Senum mensum die* (de 6 en 6 mois) : Pellat, *Dot*, 27 et 37; Voigt, II, 561.

(2) Ulp., VI, 10; Cic., *Top.*, 4; Boeth., ad h. l. Cf. Pellat, p. 18.

(3) Ulp., VI, 15; *D.*, XXV, 1, 1, 3; 3 pr., 1; 14 pr.; Fr. Sinaï, 8.

(4) Nerat., *eod.*, 15; Paul, *D.*, XXIII, 3, 56, 3. La diminution qui s'opère *ipso jure* porte non sur les objets corporels, mais sur l'ensemble de la dot. (Ulp., *D.*, XXV, 1, 5 pr.; XXXIII, 4, 1, 4). Si cependant la dot comprenait une somme d'argent et un fonds, les dépenses nécessaires diminueraient la dot en argent. D'après Scævola le fonds cesse d'être dotal lorsque les dépenses faites successivement pour sa conservation égalent le montant de la valeur du fonds. Paul *(l. c.)* Cf. sur le sens de la règle à l'époque classique, Schulz, *Sav. Z.*, XXXIV, 57.

(5) Ulp., VI, 16 : plantation de vignes, d'oliviers. Paul, *D.*, XXV, 1, 6.

(6) Ulp., *eod.*, 7, 1; Paul, *eod.*, 8. C'est l'opinion qui a prévalu (Ulp., *eod.*, 14, 1). Le droit à une indemnité pour les dépenses utiles, contesté par Labéon, fut soutenu par Javolenus (*D.*, XXIII, 5, 18 pr.).

(7) Ulp., VI, 17 : Bosquets, peintures (Ulp., *D.*, XXV, 1, 11 pr., où les compilateurs ont substitué *exactio* à *retentio*, par suite de la suppression des *retentiones* sous Justinien). Le *jus tollendi* exercé par le propriétaire sur sa propre chose est classique, pourvu qu'il ne porte pas atteinte au droit d'autrui : Ulp., *D.*, XXX, 45, 1; *h. t.* 9 a été interpolé pour le mettre en rapport avec le droit de Justinien.

(8) Ulp., VII, 1. Est nul le pacte par lequel le mari renoncerait à la rétention *ob res donatas vel ob impensas vel ob res amotas.* Fr. Sinaï, 9. Cf. p. 178, 4.

(9) Paul., *D.*, XXIV, 3, 15, 1.

(10) Pap., *D.*, XLVIII, 5, 11, 3. Cf. p. 168.

divorce, le mari peut, s'il le préfère, exercer comme autrefois l'action *rerum amotarum* (1). C'est une action *rei persecutoria* qui est, à certains égards, traitée comme une action délictuelle (2).

L'action *de moribus* et l'action *rerum amotarum* subsistent à la fin du ve siècle, sous le règne d'Anastase, ainsi que les rétentions *ob mores* et *ob res amotas* (3); elles ont été supprimées par Justinien, à l'exception de l'action *rerum amotarum* (4).

Le mari peut s'acquitter de l'obligation que la loi lui impose envers sa femme en lui léguant sa dot (5). Ce legs a pour objet ce que la femme pourrait obtenir par l'action *rei uxoriæ* (6). Aussi, la femme doit-elle opter entre son droit au legs et l'exercice de cette action; l'édit de *alterutro* ne lui permet pas d'en cumuler le bénéfice. Le principal avantage que lui procure le legs est de pouvoir exiger immédiatement le paiement des choses fongibles composant la dot (7).

5. Innovations de Justinien. — Justinien a voulu assurer à la femme la restitution intégrale de sa dot à la dissolution du mariage. Il a généralisé l'application de l'action *ex stipulatu*, supprimé les rétentions dotales, accordé à la femme des sûretés nouvelles.

a) Extension de l'action ex stipulatu. — L'action *rei uxoriæ* ne pouvait être exercée en cas de prédécès de la femme; à défaut de stipulation, le mari gardait la dot. Justinien sous-entend la stipulation de restitution au profit de la femme : de quelque façon que le mariage soit dissous, la femme ou ses héritiers auront l'action *ex stipulatu* pour

(1) Les jurisconsultes ne sont pas d'accord pour en justifier l'existence. Les uns nient la possibilité d'un vol entre conjoints, la femme étant en quelque sorte copropriétaire des biens dotaux : Cass., Nerva ap. Paul, *D.*, XXV, 2, 1. D'autres disent que cette action remplace l'action *furti* qu'on a écartée *(in honorem matrimonii)* en raison de son caractère infamant (Sab., Proc., *eod.*). Ils permettent seulement la *condictio furtiva* (Paul., 3, 2). Cf. Huvelin, *Etudes sur le furtum*, I, 620.

(2) Paul., 21, 5-6. Diocl., *C.*, V, 21, 5. Sur la procédure de cette action, cf. Karlowa, II, 1181. D'après Pampaloni (*Studi Senesi*, XVII, 154), les compilateurs ont transformé l'action *r. a.* en action *rei persecutoria* par voie d'interpolation; à l'époque classique, elle était pénale : son exercice était subordonné au défaut de restitution des objets détournés. Cf. Biondi, *Studi sulle* actiones arbitrariæ, 1913, I, 155.

(3) *P. Caire*, col. II, 9 : J. Maspero, *Bull. de l'Inst. fr. d'archéol. or.*, XI, 168.

(4) *C.*, V, 13, 1, 5. Cf. pour l'action *de moribus*, *C.*, V, 17, 11, 2^b.

(5) Jav., XXXI, 41, 1 *in fine*; Ulp., *D.*, XXXIII, 4, 1 pr., 5. L'héritier ne peut cependant opérer de rétention pour les dépenses utiles, ni, depuis le Sc. de Caracalla, pour les biens donnés. Marc., *eod.*, 5.

(6) La *relegatio dotis* ne doit pas être confondue avec le *legatum pro dote* usité au temps de Cicéron (Serv., Ofil., Alf., *D.*, XXXIII, 4, 6 pr., 1) et qui subsiste sous l'Empire (Proc., *D.*, XXXI, 48 pr.). Ce legs a pour objet une somme d'argent ou des corps certains que le mari attribue à sa femme survivante comme équivalent de sa dot. Ce legs n'est pas soumis à l'évaluation arbitraire qui est propre à l'action *rei uxoriæ*; il ne comporte pas de réduction en raison des impenses (Alf., *loc. cit.*); il peut avoir une valeur inférieure à celle de la dot (Serv., *l. c.*; Pap., *eod.*, 8); il est valable même s'il n'y a pas eu de dot, ou si les biens dotaux ont péri par cas fortuit (Ter. Clem., *D.*, XXXI, 53, 1; Ulp., *h. t.*, 2 pr.). Il n'est même pas nécessaire que le legs soit qualifié *pro dote*, si l'intention du testateur n'est pas douteuse. L'édit *de alterutro* s'applique *a fortiori* au legs *pro dote*. (Sab., ap. Ulp., *D.*, XXXII, 45; XXXIII, 4, 2.) — Indépendamment de ce legs, le mari léguait souvent à sa femme tous les objets affectés à son usage particulier *(quæ ejus causa parata sunt)* : Non., v° *mundum*; Q. Muc., ap. Pomp., *D.*, XXXIV, 2, 10 pr.; 34, 1. Labéon fit un legs de ce genre à sa femme Neratia : Paul., *eod.*, 32, 6.

(7) Just., *C.*, V, 3, 19; *Inst.*, II, 7, 3. Parfois le mari faisait au profit de sa femme une institution d'héritier *pro dote* : Ter. Clem., *D.*, XXXI, 53, 1.

réclamer la dot (1). L'action *ex stipulatu* est transmissible, comme les actions contractuelles. Elle offre un autre avantage : la femme n'est plus forcée d'opter entre la restitution et le legs de la dot. On ne présume pas qu'en faisant une libéralité, le mari a entendu acquitter sa dette. L'édit *de alterutro* est abrogé (2). Enfin, l'action *ex stipulatu* ne comporte aucune retenue.

En substituant l'action *ex stipulatu* à l'action *rei uxoriæ*, Justinien n'a pas entendu priver l'un ou l'autre conjoint de certains avantages que lui procurait l'action désormais supprimée. Il n'a pas hésité à dénaturer, dans une certaine mesure, l'action *ex stipulatu* et à la classer parmi les actions de bonne foi (3). 1° Si la femme est *alieni juris* et que la dot soit profectice, le père qui en a stipulé la restitution ne peut la réclamer sans le concours de sa fille ; après sa mort, la fille seule a qualité pour agir. 2° La fille a un droit exclusif sur la dot, même si elle a été émancipée, exhérédée ou instituée avec d'autres (4). 3° La femme ne peut exiger la restitution immédiate de ses meubles ; le mari a le délai d'un an pour se libérer. Cette règle, très équitable lorsqu'il s'agit de quantités que le mari ne peut conserver à sa disposition, est injustifiable pour les corps certains mobiliers. Le droit classique n'avait eu garde de donner à la dispense une portée aussi étendue. 4° Le mari insolvable jouit du bénéfice de compétence (5).

b) Suppression des rétentions dotales. — Les rétentions dotales n'étaient pas compatibles avec la nature de l'action *ex stipulatu* : le mari ne peut plus s'en prévaloir ; mais Justinien a pris des mesures pour que sa situation ne soit pas moins bonne qu'auparavant. On a déjà indiqué les droits du mari lorsque le divorce est motivé par l'inconduite de la femme, les dispositions destinées à sauvegarder l'intérêt des enfants, le maintien de l'action *rerum amotarum*. Quant aux biens donnés, le mari les réclame, suivant les cas, par la revendication ou par une *condictio*. Reste la question des impenses. Pour les impenses utiles, Justinien accorde au mari une action en indemnité : l'action *mandati* si elles ont été faites du consentement de la femme, l'action *negotiorum gestorum* dans le cas contraire (6). Pour les impenses voluptuaires, le mari n'a plus, comme autrefois, le droit d'enlever à son gré ce qui peut être détaché sans détériorer le bien dotal : la femme peut exiger le maintien de l'état actuel, mais à charge d'indemniser le mari de ses dépenses. Sinon le mari recouvre le droit d'enlever ce qui est susceptible d'être séparé (7).

(1) *C*., V, 13, 1 pr., 1. La règle s'applique même à la dot qui n'a pas été constatée par écrit : *ibid*., 1[d].

(2) *Ibid*., 1, 4 ; 1, 6 ; 1, 3[a].

(3) *Ibid*., 1, 2. *Inst*., IV, 6, 29.

(4) *Ibid*., 1, 11-14. Il en est de même si la dot a été constituée par un tiers, à moins que le constituant ne se soit expressément réservé le droit de retour.

(5) *Ibid*., 1, 7[a] ; 1, 7[b] ; 1, 7.

(6) *Ibid*., 1, 5. Thalélée (*Bas*., XXIX, 1, 119, sc. 9) atteste que ces deux actions sont étrangères au droit classique. Les compilateurs auraient dû écarter PAUL, *D*., XXV, 1, 8, qui n'est pas conforme au droit de Justinien : ils se sont contentés de substituer *deductio* à *retentio*. Dans ULP., *eod*., 9, ils ont remplacé *retentio* par *exactio*, malgré l'incorrection du style : *(impensæ) habent exactionem*. Cf. SCHULZ, *l. c.*

(7) ULP., *D*., XXV, 1, 9. Texte interpolé : il est contredit par ULP., *eod*., 11 pr. Cf. SCHULZ, *Sav. Z*., XXXIV, 57-106.

Pour les impenses nécessaires, le mari n'a pas besoin d'une action en indemnité : elles diminuent la dot de plein droit. Cette règle s'applique désormais, même si la dot consiste en un corps certain : la chose cesse d'être dotale pour le tout ou pour partie (1).

c) *Sûretés nouvelles.* — En 529, la créance de la femme fut garantie par une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux. En 530, Justinien accorda à la femme, sur les biens du mari, une hypothèque qui prend rang à la date du mariage alors même qu'elle garantit une créance née postérieurement. En 531, cette hypothèque a été, par une faveur nouvelle, déclarée privilégiée; la femme est préférée aux créanciers qui ont obtenu hypothèque avant le mariage. Justinien ne s'est pas aperçu que cette faveur excessive était la ruine du crédit public (2).

Ces innovations eurent pour résultat d'attribuer à la dot un caractère essentiellement temporaire. Le droit du mari mérite-t-il encore le nom de propriété? N'est-ce pas plutôt un droit de jouissance et d'administration? Ce serait la conséquence logique de la situation nouvelle faite au mari. Justinien eut, sans nul doute, la pensée de considérer la dot comme restant la propriété de la femme : il l'exprime dans la loi de 529 (3), mais il paraît l'avoir abandonnée en 530, lorsqu'il défend au mari d'aliéner le fonds dotal avec le consentement de la femme. En 537, *Nov.* 61 a étendu à la dot le tempérament établi pour la donation *a. n.* (p. 197).

CHAPITRE V

La donation *ante nuptias*.

La donation *ante nuptias* est une libéralité faite par le futur mari à sa fiancée; mais celle-ci ne peut en général l'exiger que si elle survit à son mari (4) ou si le divorce a lieu par la faute du mari. Ce fut d'abord un gain de survie, une garantie contre une répudiation injustifiée. On la considéra ensuite comme un apport destiné à subvenir aux charges

(1) Ulp., *eod.*, 5 pr., interpolé dans la seconde phrase ; cf. Schulz, *loc. cit.*

(2) *C.*, V, 12, 30 de 529; V, 13, 1 de 530; VIII, 16, 12 pr. de 531. Justinien avoue qu'il a cédé à des influences féminines. L'hypothèque privilégiée a été supprimée par C. civ., 1572.

(3) Il donne à la femme le choix entre l'action en revendication qui suppose la femme propriétaire et l'action hypothécaire qui suppose la femme créancière. La contradiction est formelle. (Labbé, sur *Ortolan*, III, 939.) L'explication la plus simple est celle qui considère cette revendication comme une action utile cédée par le mari : l'action hypothécaire privilégiée permettrait à la femme de primer les créanciers hypothécaires du mari. Mais on ne voit pas pourquoi Justinien s'efforcerait de justifier la concession de la revendication en opposant le droit naturel à la subtilité des lois. Peut-être, en cherchant dans la loi de 529 une solution ferme de la question, a-t-on prêté à Justinien un esprit de décision qui lui a manqué. Il n'a pas su opter entre la doctrine des classiques qui affirment le droit de propriété du mari et les usages helléniques qui conservent à la femme la propriété de sa dot (cf. l'édit du préfet de l'Égypte, p. 184, 7) : l'essentiel, à ses yeux, était de fournir à la femme les moyens les plus efficaces de recouvrer sa dot.

(4) La femme peut l'exiger immédiatement si le mari devient insolvable. Just., *C.*, V, 12, 29 pr.

du mariage (1). C'est le pendant et la contre-partie de la dot (2). La donation *a. n.* forme, avec la dot, un patrimoine de famille qui doit être conservé et transmis aux enfants après la mort de leur mère (3).

Cette institution était inconnue au droit classique. Justinien affirme qu'elle a été introduite à une époque récente par ses prédécesseurs (4). Il ne faut pas la confondre avec l'usage des cadeaux entre fiancés, qui a été très anciennement pratiqué par les Romains et qui a été favorisé par la loi Cincia. Une clause de cette loi place les fiancés dans la catégorie des personnes exceptées; ils peuvent se faire des donations au delà du taux fixé par la loi (5). Ces donations, qui peuvent être faites par la fiancée (6) aussi bien que par le futur mari, étaient, en général, soumises au droit commun (7). A moins d'une réserve expresse (8), elles restent valables si le mariage projeté n'a pas lieu soit par le fait de la femme ou de ses parents, soit par suite du décès d'un des fiancés (9). Il en est de même s'il y a eu donation mutuelle; chacun des fiancés conserve ce qu'il a reçu et ne peut reprendre ce qu'il a donné personnellement (10). Mais la donation faite aux parents de la fiancée doit être restituée en cas de rupture (11). Depuis Constantin, les donations entre fiancés sont révoquées de plein droit si le mariage n'a pas lieu (12).

§ 1er. **La donation *ante nuptias* dans l'empire d'Orient.** — La donation *ante nuptias* apparaît, pour la première fois, en 382, avec son caractère particulier d'apport fait par le mari pour subvenir aux charges du mariage. Cette institution, étrangère aux coutumes des Romains, était depuis longtemps usitée dans les provinces orientales

(1) *Ibid. : Fructibus earum (dotis et ante nuptias donationis) ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habeant, abutatur.*

(2) *Nov. Theod.*, 14, 4 : *altera dos.* Just., *h. t.*, 20, 2 : *antipherna et non simplex donatio. Ibid.*, 20 pr. : *nuptiale remedium.*

(3) Théod., *C.*, VI, 61, 3.

(4) *Inst.*, II, 7, 3 : *a junioribus divis principibus.*

(5) *Vat. fr.*, 262, 302.

(6) *Quod raro accidit* : Constantin., *C.*, V, 3, 16, 1. Il y en a des exemples : Scæv., *D.*, XXIV, 1, 66 pr. ; Diocl., *C.*, V, 3, 10; 12. Dans l'Égypte romaine, c'est le fiancé qui faisait des cadeaux (ἕδνα) à sa fiancée (Preisigke, *P. Caire*, 10474 ; *P. Grenfell*, II, 76, de l'an 305/306; *P. Leipzig*, 41, milieu du ive siècle) et même au futur beau-père (*P. Florence*, 36, de l'an 312).

(7) Les créanciers du fiancé ne peuvent, après le mariage, poursuivre la femme en raison des objets qui lui ont été donnés (Diocl., *h. t.*, 13); c'est une dérogation à la règle d'après laquelle les acquéreurs à titre gratuit sont tenus, lorsqu'ils sont de bonne foi, dans la mesure de leur enrichissement (p. 589, 1). Exception est faite pour les créanciers qui ont une hypothèque antérieure.

(8) Alex., *C.*, V, 3, 2; Diocl., 12.

(9) Même si le fiancé est tué par l'ennemi : Diocl., *h. t.*, 11.

(10) Diocl., *h. t.*, 10.

(11) Alex., *h. t.*, 2. Il en était de même en Chaldée pour la dation faite par le fiancé au père de la femme : *C. H.*, 161. Cette dation *(tirhatou)*, était usitée au temps de Hammourabi, sans être obligatoire : a. 139.

(12) *C.*, V, 3, 15 pr., 1-2. Elles sont révoquées pour moitié seulement si l'un des fiancés meurt après le baiser de fiançailles *(osculum)*. *Ibid.*, 16. La *donatio maritalis*, visée dans *C.*, V, 16, 24, 1, est une donation faite durant le mariage, et nulle à ce titre; mais elle est confirmée, par faveur pour la femme *(quia pudicitiæ præmio cessit)*, comme si le mari, qui a encouru une peine entraînant une *maxima capitis deminutio*, était décédé.

de l'Empire, en Chaldée (1) et en Syrie (2). Elle s'y était maintenue sous la domination romaine, grâce au principe de la liberté des conventions matrimoniales, et avait pénétré sans doute dans les régions voisines. Théodose Ier n'eut pas à la consacrer; il s'en est occupé seulement pour réprimer un abus : il ne veut pas que la femme survivante puisse, en se remariant, détourner de sa destination la donation *ante nuptias* et les autres libéralités qu'elle a reçues de son premier mari. En cas de secondes noces, la mère perd la nue propriété qui est attribuée par la loi à tous les enfants du premier lit (3), à moins que la mère n'en dispose au profit de l'un d'entre eux, à son choix (4). Comme sanction du droit conféré aux enfants, il est interdit à la mère d'aliéner les biens donnés (5) au profit d'un tiers ou d'un enfant du second lit (6) : elle n'a qu'un usufruit. Elle ne recouvre la pleine propriété et le droit d'en disposer à son gré qu'après le décès de tous les enfants du premier lit.

Un demi-siècle plus tard, cette règle fut étendue par Théodose II au mari survivant et remarié; il est tenu de conserver, pour les enfants du premier lit, les biens qu'il a reçus de leur mère (7). Pour la première fois, la dot et la donation *ante nuptias* sont soumises à une règle uniforme : en cas de secondes noces, s'il y a des enfants du premier lit, le conjoint survivant, quel qu'il soit, n'a qu'un usufruit sur l'apport du prémourant; la nue propriété est réservée aux enfants communs (8). La règle s'applique même si l'on a, suivant l'usage, joint la donation *a. n.* à la dot *(donatio in dotem redacta)* (9). — Le mari a, comme la femme, le droit de partager les biens entre tous les enfants, ou de les attribuer à l'un d'eux, à l'exclusion des autres *(jus eligendi)* (10). Les enfants ont le droit de revendiquer les biens dotaux ou les biens donnés *ante nuptias* dans la succession de celui de leurs parents qui est mort le dernier, alors même qu'ils n'auraient pas accepté la succession du prémourant (11).

(1) En Chaldée, cette donation est régie par les articles 150 et 171 du Code de Hammourabi (éd. Scheil, 1904, p. 29 et 34; 59). Comme en droit romain (*C.*, V, 3. 8), elle peut avoir pour objet des immeubles. La mère n'a que l'usufruit des biens donnés; il lui est défendu de les aliéner; à sa mort, ils passent à ses enfants. Cf. Ed. Cuq, *le Mariage à Babylone d'après les lois de Hammourabi*, 1905, p. 22; *le Droit babylonien au temps de la première dynastie de Babylone*, 1909 (*N. R. H.*, XXXIII, 258).

(2) Coutumier Syro-Romain, R. II, 93. Cf. Collinet, *Études*, I, 145.

(3) *C. Th.*, III, 8, 2; *C.*, V, 9, 3.

(4) *Ibid.*, 3 pr. : *Ad quemlibet ex filiis... quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum*; cf. Theod., *C.*, V, 17, 8, 7a. Le Code de Hammourabi (a. 150) contient une disposition analogue : « La mère le donnera à l'un des enfants qu'elle préfère. »

(5) Code de Hammourabi, a. 171 : « Tant qu'elle vivra, elle en jouira, mais ne pourra les aliéner pour argent; après elle, ils sont à ses enfants. »

(6) Si le mari est proscrit, la femme conserve son droit à la donation *a. n.* : Arcad., *C.*, IX, 49, 9.

(7) *C. Th.*, III, 8, 2, 3; *Nov. Th.*, 14, 1, 2 : *Hæc divus... avus... suaserat observare.* Théodose Ier avait recommandé au mari de se conformer à la règle imposée à la femme, mais jusqu'en 439 c'était un simple conseil,

(8) *Nov. Th.*, 14, 1; *C.*, V, 9, 5 pr.

(9) *Ibid.*, 5, 1. Cet usage existait dès le IIIe siècle (Sev., *C.*, V, 3, 1). Il s'est développé après la loi de 382; il servait à l'éluder. Il fut moins répandu après la loi de 439. Sous Justinien, il n'est mentionné qu'une fois : *Nov.* 22, c. 23 *in fine*.

(10) *C.*, V, 9, 5, 5 : *Eligendi quem voluerint licentiam non negamus.*

(11) *Ibid.*, 5, 6.

La même année, Théodose II abrogea une loi rendue par Honorius en 421 pour l'Empire d'Occident et qu'il avait admise dans son code (1) : cette loi privait la femme de sa dot et de la donation qu'elle avait reçue comme fiancée, lorsqu'elle répudiait son mari sans cause ou pour des fautes légères ; elle permettait, au contraire, au mari de reprendre le don de fiançailles lorsqu'il répudiait sa femme pour des causes légères. Les peines contre le divorce, la différence établie entre le mari et la femme, n'étaient pas en harmonie avec les mœurs de l'Orient.

Dix ans après, en 449, Théodose II établit une autre règle commune à la dot et à la donation *a. n.* : si le divorce est causé par sa mauvaise conduite, la femme perd tout droit à la donation *a. n.* ; le mari est pareillement déchu de son droit sur la dot, si le divorce est motivé par sa faute (2). S'il y a des enfants issus du mariage, le père dans le premier cas, la mère dans le second, doit conserver pour eux tout le profit que lui a procuré le mariage (3). Les père ou mère ont, d'ailleurs, la faculté de laisser par testament ce profit à tous les enfants ou de le donner à l'un d'entre eux. Il leur est interdit d'aliéner les biens ou de les hypothéquer. Toute convention contraire est nulle (4).

§ 2. **Les dons de fiançailles dans l'empire d'Occident.** — Les lois qui précèdent étaient faites pour l'empire d'Orient. En 452, l'empereur d'Occident, Valentinien III, appliqua à la dot et aux *sponsalia* qui subsistaient dans cette région une règle un peu différente de celle qui avait été édictée par son collègue d'Orient, mais inspirée par la même pensée, l'égalité entre conjoints (5). S'il n'y a pas d'enfants, la femme survivante doit restituer la moitié des *sponsalia* aux père et mère du mari ; le mari survivant doit pareillement restituer la moitié de la dot aux père et mère de la femme. En cas de prédécès des parents, le conjoint survivant garde entièrement les *sponsalia* ou la dot. S'il y a des enfants mineurs de 20 ans, le père survivant a l'usufruit de tous les biens de la femme morte *ab* intestat ; mais à mesure que chacun des enfants atteint l'âge de 20 ans, le père doit lui rendre la moitié de ce qui lui revient ; l'autre moitié reste soumise à l'usufruit du père, sa vie durant. Si le père refuse de se conformer à la loi, l'enfant frustré de la

(1) *C. Th.*, III, 16, 2 ; *Nov. Theod.*, 12. Théodose avait déjà manifesté sa faveur pour la donation *a. n.* en déclarant : 1° Que, faite à une fille de famille, elle ne serait pas acquise à son père (*C.*, VI, 61, 1-3) ; 2° que la donation supérieure à 200 solides n'exigerait ni une tradition, ni même la rédaction d'un écrit (*C. Th.*, III, 5, 13 ; *C.*, VIII, 53, 29). Il voulut obvier à une fraude : le mari négligeait souvent de faire la tradition et prétendait ensuite que la donation était nulle.

(2) *C.*, V, 17, 8, 4-5. Les cas où le divorce est admis pour cette cause sont énumérés dans la loi (8, 2-3).

(3) *Ibid.*, 8, 7 : *Omne quidquid ex nuptiis lucratum est*. Zénon (*C.*, V, 3, 18) semble dire le contraire : *nihil... filiis... servare cogatur*. Mais cette décision, qui concerne le conjoint remarié ou non, s'explique par le rapprochement avec un autre fragment de la même loi (*C.*, III, 28, 29 ; même date, même destinataire). Celle-ci vise une loi de Léon de 472 (*C.*, VI, 20, 17) qui oblige le fils à rapporter à la succession paternelle la donation *a. n.* constituée pour lui, de même que la fille est tenue de rapporter la dot. Zénon décide que le droit des enfants issus du mariage ne fait pas obstacle au rapport.

(4) *C.*, V, 17, 8, 7a-8.

(5) *Nov. Val.*, 34, 8-10 : *Ut dantis et accipientis sit aequa conditio, ne placita futuraque conjunctio uni lucrum, alteri faciat detrimentum.*

moitié de sa part des biens maternels, peut, au décès du père, la réclamer à ses successeurs.

Majorien a maintenu le principe de l'égalité entre conjoints. Il n'admet ni le mariage sans dot, ni le mariage où la dot est inférieure à la *sponsalicia largitas* exigée du mari. Il prend aussi des mesures pour conserver aux enfants les biens composant la *sponsalicia largitas* : la mère survivante doit, si elle se remarie, promettre sous caution de les rendre à tous ses enfants du premier lit; le *jus eligendi* lui est refusé. Si elle dispose des biens au profit de tiers, ses enfants peuvent les revendiquer (1).

En 463, Sévère confirme le droit de la mère, remariée ou non, à l'usufruit de la *sponsalicia largitas*; mais, tenant compte de la difficulté de trouver des cautions, il dispense la mère de cette obligation. Il estime que le droit de revendiquer les biens aliénés est, pour les enfants, une protection suffisante (2).

§ 3. **Les gains de survie en Orient.** — La règle, attribuant à la mère survivante l'usufruit des biens donnés *a. n.*, ne fut acceptée en Orient que pour les immeubles (3). Quant aux meubles conservés par la mère remariée, il était à craindre que le second mari n'abusât de sa situation pour en disposer. Il était nécessaire de donner des garanties aux enfants. En 472, Léon prescrit de faire estimer, par des arbitres, les biens donnés *a. n.*, et d'obliger la mère remariée à promettre, sous caution, d'en restituer la valeur conformément à la loi. Sinon, les meubles seront livrés aux enfants, mais ils devront promettre, sous caution, de payer à leur mère une rente annuelle égale à 4 % du prix d'estimation. A défaut de cette caution, les biens resteront à la mère, sa vie durant (4).

Le conjoint survivant qui ne se remarie pas est libre de disposer, comme un propriétaire, de tout ce qui lui est parvenu des biens du prémourant. On ne l'oblige pas, comme en Occident, à en rendre la moitié aux père et mère du conjoint prédécédé. Mais à son décès, ses enfants peuvent revendiquer les biens existants qui n'ont été ni consommés, ni aliénés, ni hypothéqués. Ce droit leur appartient, même s'ils n'acceptent pas la succession de celui de leurs parents qui a survécu. Cette règle a été modifiée par Justinien en 539 : le conjoint survivant gagne la dot ou la donation *propter nuptias;* mais il n'en a que l'usufruit. La propriété doit être conservée pour les enfants issus du mariage. Il n'est pas dérogé aux règles établies en cas de secondes noces, ni au droit du conjoint survivant lorsqu'il n'y a pas d'enfants du premier lit (5).

§ 4. **Les pactes relatifs aux gains nuptiaux.** — La règle, établie par

(1) *Nov. Major.*, 6, §§ 6, 8, 9, de l'an 458.
(2) *Nov. Sev.*, 1, confirme le refus du *jus eligendi*. La mère, qui veut avantager un de ses enfants, doit le faire sur son usufruit.
(3) *C.*, V, 9, 6, 4. La loi traite de la même manière les *mancipia* et les *annonæ civiles*. On les qualifierait aujourd'hui : immeubles par destination. C. civ., 524.
(4) *Ibid.*, 6, 5-9. Cette règle a été modifiée par Justinien (*Nov.*, 2, c. 4) : la mère n'a plus le choix de garder les meubles ou de recevoir un intérêt; elle n'a droit qu'à l'intérêt. Exception est faite pour l'argent.
(5) *Nov.*, 98, c. 1 et 2, 1. Cette novelle est visée dans *P. Caire*, 67006, v°, l. 117.

Léon en 472, suppose que le mari survivant a la propriété d'une part des biens de la femme, de même que la femme survivante a la propriété d'une part des biens du mari. Elle se réfère à une constitution rendue par le même empereur en 468 pour réglementer les pactes relatifs aux gains nuptiaux (1). Ces pactes attribuaient au conjoint survivant une part de la dot ou de la donation *ante nuptias* (2). L'utilité de ces pactes se conçoit pour le mari qui doit restituer la dot aux héritiers de la femme, sous les déductions *(retentiones)* autorisées par la loi. Elle est moins évidente pour la femme qui est propriétaire ou créancière de la totalité des biens donnés *ante nuptias*. Mais la donation *a. n.* n'est pas une donation ordinaire : c'est un apport destiné à subvenir aux charges du mariage. Les parties peuvent donc convenir que la femme survivante n'en aura qu'une part, le surplus devant revenir aux enfants issus du mariage, en qualité d'héritiers de leur père.

Au milieu du v[e] siècle, il était d'usage d'insérer dans les contrats de mariage un pacte *de lucranda donatione* au profit de la femme, un pacte *de lucranda dote* au profit du mari; ces pactes déterminaient l'étendue du gain de survie attribué à chacun des époux. La liberté laissée aux parties de fixer à leur gré la valeur des gains nuptiaux donna lieu à des abus. Léon pensa les prévenir en décidant que les gains de survie devraient être une fraction de l'apport de chaque époux et que ces fractions devraient être égales entre elles. Si, par exemple, le mari survivant a un tiers de la dot, la femme survivante doit avoir un tiers de la donation *a. n.* Il n'est pas nécessaire que la valeur de ces fractions soit égale (3).

Cette règle fut d'abord acceptée par Justinien. Il se contenta de trancher un doute qui s'était élevé sur la sanction de la loi : lorsque les fractions sont inégales, le pacte n'est pas nul ; la fraction la plus forte est réduite de manière à être égale à la moindre (4). Plus tard, il jugea que la loi de Léon aboutissait à un résultat ridicule, car l'égalité qu'elle prétendait établir entre conjoints était purement nominale lorsque les apports des époux étaient inégaux. Il décida, en conséquence, que la donation *ante nuptias* et la dot devraient être d'égale valeur (5). Tel était, d'ailleurs, l'usage suivi à Constantinople et dans les provinces occidentales de l'Empire d'Orient (6).

Justinien modifia également le droit antérieur quant au *jus eligendi*

(1) *C.*, V, 14, 9. Il y a des divergences sur la portée de ces pactes : suivant les uns, ils restreignent le gain du survivant des deux époux ; suivant d'autres, il n'y a pas de gain de survie sans convention; à défaut de pacte, chacun reprend son apport et rien de plus. Cf. en sens divers, BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio p. n.*, 1892; MONNIER, *op. cit.*, 8.

(2) *Ibid.*, 10 : *Pacta lucrorum dotis et ante nuptias donationis.*

(3) Une loi de Léon, dont les premiers mots sont cités dans *P. Caire*, 67028, l. 3-4, prévoit le cas où le mari survivant et remarié a donné *ante nuptias* à sa seconde femme ce qu'il a reçu en dot de la première. D'après cette loi, autant la première femme devait gagner en cas de prédécès du mari, autant la seconde gagnera dans le même cas.

(4) *C.*, V, 14, 10. Cette constitution est de l'an 529.

(5) *Nov.*, 97, c. 1. Coutumier syro-romain : R. III, 93. *P. Vienne*, 30, II, 10 : τὸ ἰσόπροικον. Cf. MEYNIAL, *N. R. H.*, XX, 523. Dans les provinces asiatiques, la donation *a. n.* était seulement égale à la moitié de la dot. Cf. COLLINET, I, 145.

(6) ZENO, *C.*, V, 9, 7 *in fine*, de l'an 478. *P. Lond.*, V, 1708, l. 115.

du conjoint survivant remarié : il supprima ce droit, qui avait été maintenu en Orient alors qu'il n'existait plus en Occident (1). Les parents ne peuvent plus attribuer à l'un des enfants du premier lit la totalité des biens laissés par le conjoint décédé.

Les contrats de mariage contenaient souvent une clause relative au cas où il n'y aurait pas d'enfants au décès de l'un des conjoints ; le conjoint survivant obtenait un *lucrum* sur l'apport du prémourant. Ce pacte a été réglementé par Justinien (2) : 1° la clause doit être réciproque ; le *lucrum* ne peut être convenu pour l'un sans l'être aussi pour l'autre ; 2° tandis qu'auparavant le pacte était sans effet tant qu'il restait un enfant, le conjoint survivant a droit désormais à un *pro rata* en propriété, à mesure que les enfants meurent avant lui (3).

§ 5. **Les réformes de Justinien.** — D'autres réformes ont été introduites par Justin et par Justinien. On peut augmenter la donation *a. n.* durant le mariage, lorsque la dot est elle-même augmentée ; mais l'augmentation doit être d'une valeur égale. C'est une exception à la règle qui prohibe les donations entre époux. Le mari, qui n'a pas fait de donation *a. n.*, peut en faire une lorsque sa femme augmente sa dot ; ici encore la donation *a. n.* doit être d'une valeur égale à celle qui est ajoutée à la dot. — Réciproquement, les époux peuvent diminuer leurs apports respectifs, sauf le cas où ils auraient chacun des enfants d'un précédent mariage. La loi ne veut pas que ce soit un moyen de les frustrer de ce qui doit leur revenir (4).

Le mari qui, ayant reçu une dot, n'a pas fait de donation *a. n.*, peut en constituer une durant le mariage pourvu qu'elle n'ait pas une valeur supérieure à celle de la dot et qu'il déclare expressément qu'il ne fait pas une simple donation. La donation *ante nuptias* pouvant se faire durant le mariage, sa dénomination n'était plus justifiée. Justinien y substitua celle de donation *propter nuptias* (5).

La femme, qui a promis une dot et ne l'a pas livrée durant le mariage, n'a pas le droit d'exiger la donation *p. n.* au décès du mari. Si elle a payé une partie de la dot, elle peut réclamer une part correspondante de la donation *p. n.* (6).

En somme, on peut, sous Justinien, opter entre trois régimes matrimoniaux : le régime dotal ancien où la femme seule fait un apport (7), le régime dotal nouveau, où les deux époux font un apport ; le régime

(1) *Nov.* 2, c. 1 et 2, 1, de l'an 535.

(2) On n'a pas le texte de la loi qui figurait au Code (V, 9) sous le n° 11. Mais elle est de peu antérieure à la *Nov.* 22 de 535 : Justinien l'affirme au c. 2. (Cf. *Nov.* 22, c. 45, 1, de 536 ; *Nov.* 68, c. 1 pr. de 538).

(3) *Nov.* 22, c. 26. Cf. H. Monnier, *Du* casus non existentium liberorum *dans les Novelles de Justinien*, 1907.

(4) Justinus, *C.*, V, 3, 19 pr., 1-3 ; cf. pour la date de cette loi, Ed. Cuq, *Œuvres de Borghesi*, X, 392.

(5) *Ibid.*, 20 pr. 1-6. *Inst.*, II, 7, 3. Dans *P. Caire*, 67006, 73, du milieu du VI[e] siècle on qualifie cette donation ἡ πρὸ γάμου δωρεά. Cf. *Nov.* 2 pr., 1 : ἡ προγαμιαία δωρεά. On emploie aussi comme synonyme le mot ἕδνα. L'identité, douteuse jusqu'ici, (cf. Mitteis, *Grundz.*, 229) est prouvée par *P. Caire*, 67310, 5 : ὑπὲρ τῶν σῶν γαμίκων ἕδνων ἤτοι πρὸ γάμου δώρεων..

(6) *Nov.*, 2, c. 5.

(7) *C.*, V, 3, 20, 5.

de séparation de biens où il n'y ni dot, ni donation *propter nuptias* (1).

Le rapprochement de la donation *p. n.* et de la dot a été accentué par Justinien : 1° le père est obligé de constituer une donation *p. n.* à ses fils, comme il est obligé de doter ses filles (2); 2° la femme a une hypothèque légale pour garantir le paiement de la donation *p. n.*, mais cette hypothèque n'est pas privilégiée (3); 3° les immeubles donnés *p. n.* sont inaliénables, même du consentement de la femme, à moins que le mari ne soit solvable et que la femme ne renouvelle son consentement au bout de deux ans (4); 4° la donation *p. n.* n'est pas soumise à la formalité de l'insinuation (*Nov.* 119, c. 11).

CHAPITRE VI

L'adoption.

I. L'adrogation et l'adoption.

L'adrogation fut, à l'origine, un acte juridique servant à perpétuer le nom et le culte d'une *gens* patricienne sur le point de s'éteindre. Le dernier survivant de la *gens*, lorsqu'il n'a pas d'enfant et qu'il ne peut, en raison de son âge, espérer en avoir, attribue la qualité de fils à un citoyen *sui juris*, chef de famille dans une autre *gens* (5).

L'adoption fournissait aux plébéiens sans enfants un moyen de se procurer des héritiers siens. En temps de paix, ils ne pouvaient tester, car ils n'avaient pas accès aux comices; l'adoption leur permettait de choisir leur héritier.

L'adoption s'appliquait uniquement aux fils et aux filles de famille; l'adrogation, aux hommes *sui juris*. L'adrogation d'une femme aurait été un moyen peu efficace pour perpétuer le nom d'une *gens*, car elle ne pouvait le transmettre à ses enfants qui restaient dans la *gens* de leur père.

L'adrogation et l'adoption ont perdu sous l'Empire leur raison d'être originaire. La distinction du patriciat et de la plèbe a disparu; le testament est devenu accessible à tous les citoyens; l'organisation et le culte gentilices ne sont guère plus qu'un souvenir (6). Le fait dominant à l'époque classique, c'est la tendance au rapprochement de l'adrogation et de l'adoption : les règles de l'adoption sont en partie calquées sur celles de l'adrogation; et dans celle-ci on envisage surtout l'effet immédiat qu'elle produit comme l'adoption, l'acquisition de la puissance pater-

(1) *Ibid.*, 20, 2 : *Sine dote... nuptiæ possunt celebrari. P. Munich*, 9, 50; 11, 17. Il en était autrement en Occident d'après la loi de Majorien. Cf. sur les trois régimes matrimoniaux, MONNIER, *op. cit.*, 13.

(2) *C.*, V, 11, 7 pr., 2.

(3) *C.*, VIII, 18, 12, 8.

(4) *Nov.*, 61, c. 1. Cf. NOAILLES, *L'inaliénabilité dotale et la Nov. 61*, 1919. BOYÉ, *RH*, 1924, p. 473.

(5) CIC., *p. domo*, 13; 14.

(6) Aulu-Gelle (V, 19) signale une nouvelle application de l'adrogation qu'on avait tenté d'introduire : des affranchis se faisaient adroger par des ingénus. C'était un moyen détourné d'acquérir l'ingénuité. Sabinus reconnaît qu'en droit rien ne s'y oppose, mais il conseille de ne pas le permettre. Cf. DESSERTEAUX, *Études sur les effets de l'adrogation*, p. 13.

nelle. Dès lors, on put dire : l'adrogation est une variété de l'adoption (1).

La première s'applique à une personne *sui juris*, la seconde à une personne *alieni juris* (2). L'une et l'autre ont pour but de procurer une postérité légitime au chef de famille qui n'en a pas (3). L'adoption permet également à un ascendant de faire entrer dans sa famille un descendant par les femmes, un petit-fils conçu après l'émancipation de son père, peut-être un enfant naturel (4).

§ 1er. Formes. — L'adrogation s'opère de deux manières : par une loi curiate ou un rescrit impérial. A l'époque antique, on exige : 1° le consentement de l'adrogé, parce que l'adrogation modifie gravement sa situation; elle lui enlève la qualité de chef de famille pour le placer sous la puissance de l'adrogeant; 2° un décret des pontifes, car elle a pour effet d'exclure l'adrogé du culte de sa *gens* et de transmettre son culte domestique à l'adrogeant; les pontifes, chargés de veiller au maintien des cultes, examinent s'il n'y a pas d'inconvénients à autoriser l'adrogation (5); 3° un vote du peuple assemblé dans ses comices par curies, car l'adrogation a un côté politique : elle supprime un chef de famille en le plaçant sous la dépendance d'autrui. Le magistrat qui préside l'assemblée interroge successivement l'adrogeant, l'adrogé, le peuple. D'où le nom d'adrogation *(rogare)* (6). Au temps de Cicéron, les comices curiates n'étaient convoqués que pour la forme : le peuple avait perdu l'habitude de s'y rendre (7). En réalité, c'étaient les pontifes qui autorisaient l'adrogation.

Même ainsi simplifiée, la forme de l'adrogation était une gêne pour les citoyens habitant les provinces : ils devaient se rendre à Rome. Dès le IIe siècle de notre ère, on trouve des exemples d'un autre mode d'adrogation, par rescrit du prince (8). A partir de Dioclétien, cette forme d'adrogation a la même valeur que celle qui a lieu par une loi curiate. Elle n'était pas d'une application facile. Dans certaines régions, telles que l'Égypte, on préférait employer un autre procédé : on faisait un contrat par lequel l'adrogeant s'engageait à traiter l'adrogé comme s'il était son fils. Ce contrat ne faisait pas acquérir la puissance paternelle, puisqu'il n'était pas fait dans les formes requises, mais il était consacré par certaines coutumes provinciales. On pouvait d'ailleurs lui assurer une valeur juridique, au regard de la loi romaine, en y joignant une stipulation de peine (9).

(1) Mod., *h. t.*, [*D.*, I, 7], 1, 1; Gaius, I, 98.
(2) Pour l'adoption d'un esclave ou d'une femme mariée, cf. Gell., V, 19.
(3) L'adoption est permise à qui n'est pas marié. Paul, *D.*, I, 7, 30.
(4) *C.*, VIII, 48, 10 pr.; V, 22, 7. Paul (*D.*, XLV, 1, 132 pr.) vise l'adoption d'un *alumnus* qui était parfois un enfant naturel (p. 165, 6).
(5) Il y avait une *detestatio sacrorum* : Ulp., *D.*, L, 16, 40 pr.
(6) Gaius, I, 99; Gell., V, 19; Ulp., VIII, 2-5.
(7) Cic., *de lege agr.*, II, 11, 27; 12, 31.
(8) Gaius, *h. t.*, 21 : adrogation d'une femme. Diocl., *C.*, VIII, 47, 5.
(9) Paul, *D.*, XLV, 1, 132 pr. On en a un exemple de l'an 387 : *P. Lips.*, 28; Mitteis, *Chrest.*, 363. Au fond l'adrogeant s'engage à élever l'enfant et à lui laisser sa succession, mais dans l'espèce soumise à Paul, il ne l'a pas dit expressément pour éviter d'enfreindre la règle qui annule les pactes sur succession future (Diocl., *C.*, VIII, 38, 4). Dans les papyrus du IVe siècle, cette réserve a disparu : la promesse de traiter l'enfant d'autrui comme un fils, de l'élever et de lui laisser la succession

L'adoption, s'appliquant aux fils ou filles de famille, garde le caractère d'un acte privé. Les formes à suivre ont pour but de faire sortir l'adopté de la famille de son père, puis de le faire entrer dans celle de l'adoptant. Le père mancipe trois fois son fils à une personne qui, en vertu d'un accord préalable, l'affranchit aussitôt après chacune des deux premières mancipations; après la troisième, l'enfant est libéré de la puissance paternelle et se trouve sous le *mancipium* de l'acquéreur. Alors s'ouvre un procès fictif dans lequel l'adoptant revendique l'adopté comme son fils. Les parties étant d'accord, le procès n'a lieu que pour la forme : le magistrat, préteur urbain ou gouverneur de province, fait droit à la demande (1). Le rôle de défendeur est rempli soit par la personne à qui le père a mancipé son fils, soit, ce qui est plus commode, par le père lorsqu'il s'est fait remanciper son fils après la troisième mancipation (2), sa fille ou son petit-fils après la première.

Les formes de l'adoption ont été conservées à l'époque classique; mais si des irrégularités ont été commises, la nullité peut être couverte par la confirmation du prince (3). Dans les provinces de civilisation grecque, l'adoption se faisait, comme l'adrogation, d'une façon beaucoup plus simple, par un contrat rédigé par un tabellion (4). Dans l'un et l'autre cas, il n'y avait ni adoption proprement dite, ni adrogation, mais un acte que l'on tenait pour équivalent, bien qu'il ne fît pas acquérir la puissance paternelle. Cet acte pouvait être conclu, non seulement par le père de l'enfant, mais aussi par la personne qui l'avait élevé ou par un cognat (5).

Justinien, s'inspirant de l'usage des provinces de l'Orient, a modifié la forme antique de l'adoption : il suffit d'une déclaration faite par le père devant le magistrat et enregistrée dans les actes publics, en présence de l'adoptant et de l'adopté (6), dont le consentement est exigé.

§ 2. **Conditions.** — 1° L'adoptant doit être juridiquement capable d'avoir la puissance paternelle (7). Par exception, les femmes peuvent faire une adrogation en vertu d'un rescrit du prince : elles n'acquièrent pas la puissance paternelle, mais elles confèrent à l'adrogé un droit de succession sur leurs biens (8). Les pérégrins ne peuvent adopter que suivant les lois de leur cité (9). Dioclétien a proscrit l'adoption à titre de frère, usitée en Syrie (10).

paraît directement consacrée par la coutume, sans addition d'une stipulation de peine *P. Oxy.*, IX, 1206.

(1) Si l'adoptant est un magistrat investi de la juridiction gracieuse, il peut être à la fois juge et partie dans ce procès fictif. NER., ap. MOD., *h. t.*, 4.

(2) GAIUS, I, 98; 134.

(3) MARCEL., *h. t.*, 38; CALLISTR., *eod.*, 29.

(4) *P. Oxy.*, 1206, de l'an 335.

(5) PAUL., *D.*, XLV, 1, 132 pr.. Cf. G. BERGMAN, *Beitr. zum röm. Adoptionsrecht*, 1912; PETERS, *Sav. Z.*, XXXIII, 582; Ed. CUQ, *Un nouveau document sur l'apokeryxis*, 9-14.

(6) *C.*, VIII, 47, 11. Cf. le livre de droit syro-romain, R., II, 100. CELS., I, 7, 5 (interp.).

(7) GAIUS, I, 104. Un fils de famille peut avoir un enfant adoptif lorsque son père a adopté un enfant comme s'il était né de son fils, mais le fils doit être consulté *ne ei invito heres suus adgnascatur*. JUL., ap. PAUL., *h. t.*, 6, 10.

(8) DIOCL., *C.*, VIII, 48, 5.

(9) CIC., *ad fam.*, XIII, 19. Pour les Latins, LIV., XLI, 8.

(10) *C.*, VI, 24, 7. Cf. Edouard CUQ, *Conseil des Empereurs*, 501, 3; MITTEIS, *Reichsrecht*, 267; *Syrisch röm. Rechtsbuch*, I, 86, art. 127.

2° L'adoptant doit être plus âgé que l'adopté : l'intervalle exigé est celui d'une *plena pubertas :* Justinien l'a fixé à 18 ans (1). Sous ce rapport on s'est inspiré de l'idée que l'adoption imite la nature (2); à d'autres égards, on s'en est écarté : on peut adopter un petit-fils sans avoir de fils (3).

A ces conditions, il faut joindre celles que l'autorité compétente exige pour l'adrogation, en vue de sauvegarder certains intérêts, publics ou privés. Les conditions varient suivant les cas; en général, il faut que l'adrogeant ait dépassé l'âge où l'on peut espérer avoir des enfants, c'est-à-dire 60 ans; qu'il n'ait pas d'enfant, pour que l'adrogation ne porte pas atteinte à leurs droits successoraux (4). L'affranchi ne peut être adrogé que par son patron, qui a l'espoir de sa succession. Le mineur ne peut l'être ni par son ex-tuteur ni par son curateur, qui auraient trouvé là un moyen de ne pas rendre leurs comptes.

L'impubère, n'ayant pas accès aux comices, ne pouvait jadis être adrogé. Une lettre d'Antonin le Pieux au collège des pontifes permit l'adrogation d'un impubère lorsqu'il y a une juste cause (5), et sous certaines conditions destinées à protéger ses intérêts et ceux de ses héritiers présomptifs : l'adrogeant doit promettre sous caution de rendre tous les biens de l'adrogé mort impubère à ses héritiers légitimes (6); s'il l'émancipe ou l'exhérède, il doit lui restituer tous les biens qu'il a acquis de son chef. De plus, si l'émancipation ou l'exhérédation a lieu sans juste cause, l'adrogé a droit à un quart des biens de l'adrogeant : c'est la quarte Antonine (7).

§ 3. **Effets.** — L'adopté sort de sa famille agnatique pour entrer dans celle de l'adoptant (8). L'adoption entraîne une *capitis deminutio* avec ses conséquences : perte de l'agnation, de la gentilité et des droits successoraux qui s'y trouvent attachés. Mais le lien de cognation subsiste entre l'adopté et sa famille naturelle, et produit des effets impor-

(1) La question, discutée au temps de Gaius (I, 106), ne l'est plus au milieu du IIIe siècle : Mod., *h. t.*, 40, 1. La fin de ce texte a été interpolée : *Inst.*, I, 11, 4.

(2) *Ibid.*; Jav., *h. t.*, 16. Cf. C. civ. 343.

(3) Gaius, I, 103; Paul, *h. t.*, 30; 37 pr.

(4) Cic., *p. domo*, 13 et 14. Ulp., *h. t.*, 15, 2-3; 17 pr., 3.

(5) Gaius, I, 102.

(6) Ulp., *h. t.*, 17, 1-5. L'engagement est pris envers un *servus publicus* qui stipule au profit de ceux qui auraient succédé à l'adrogé s'il était resté *sui juris*. Marcel., *h. t.*, 18; 20; Ulp., 19 pr.; 22 pr. L'esclave public est considéré ici comme appartenant en commun à tous les citoyens. et non à l'Etat (p. 115, 10).

(7) Paul, *D.*, XXXVIII, 5, 13; Ulp., *D.*, V, 2, 8, 15; X, 2, 2, 1; XXXVII, 6, 1, 21. Les textes ne parlent pas ici de satisdation : Marcellus (20 *eod.*) en restreint l'application au cas où l'adrogé meurt impubère.

(8) Le changement de famille entraîne un changement de nom : l'adopté prend les noms de l'adoptant. Anciennement, il y joignait son nom gentilice en lui donnant le suffixe *anus*. Le fils de L. Æmilius Paullus, adopté par P. Cornelius Scipio (fils du premier Africain), s'appelle P. Cornelius Scipio Æmilianus. Depuis la fin de la République, on se contente d'ajouter aux noms de l'adoptant un ou plusieurs des noms de l'adopté. Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune* (trad.), p. 43-51; Cagnat, *Cours d'épigraphie*, 4e éd., 73. Les suffixes *anus* sont fréquents sous l'Empire, mais il faut se garder d'y voir un indice d'adoption : les surnoms terminés par *anus* sont empruntés à la famille maternelle. Sous l'Empire. le fils puîné joint au nom du père celui de la mère en donnant à ce dernier le suffixe *anus :* Flavius Vespasianus fut le second fils de Flavius Sabinus et de Vespasia Polla. (Suet., *Vesp.*, 1.) Cf. Borghesi, III, 493 et suiv.

tants au point de vue successoral (1) : si, par exemple, l'adopté est émancipé avant la mort de son père naturel, il est appelé à sa succession comme s'il avait été émancipé par lui (2). D'autre part, l'adopté acquiert des droits dans sa nouvelle famille : il est traité comme un enfant issu du mariage de l'adoptant. Il y a toutefois quelques différences (3) : s'il devient le cognat des agnats de l'adoptant (4), cette parenté fictive ne s'étend pas aux cognats (5), et prend fin s'il vient à être émancipé (6); elle ne procure pas à l'adoptant les avantages que les lois caducaires attribuent aux *patres* (7).

L'adrogation s'appliquant à des personnes *sui juris* produit deux effets qui ne résultent pas de l'adoption : 1° si l'adrogé a des enfants sous sa puissance, ces enfants passent sous la puissance de l'adrogeant; il en est autrement dans l'adoption : les enfants de l'adopté restent sous la puissance de leur aïeul; 2° le patrimoine de l'adrogé se confond avec celui de l'adrogeant (8) : c'est un cas d'acquisition à titre universel. Rien de pareil pour l'adoption : l'adopté *alieni juris* ne saurait avoir de patrimoine.

Sous Justinien, l'adoption ne confère plus en principe la puissance paternelle : elle est *minus plena*. L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve ses droits de succession, même s'il est émancipé après la mort de son père ; l'adoption lui fait acquérir un droit à la succession *ab* intestat de l'adoptant (9). Par exception, l'adoption (*adoptio plena*) fait acquérir, comme autrefois, la puissance paternelle dans deux cas : lorsque l'adoptant est un ascendant (10); lorsque l'adopté

(1) Certaines inscriptions funéraires sont dédiées à un enfant adoptif par l'adoptant et par le père naturel. *C. I. L.*, III, 1181 et 1182.

(2) Paul., *D.*, XXXVII, 4, 6, 4 : Mod., *h. t.*, 40 pr.

(3) D'après le Sc. Afinien de l'an 62 (*C.*, VIII, 47, 10, 3), lorsque le père de trois fils en a donné un en adoption, l'adoptant doit laisser par testament au moins un quart de ses biens à l'adopté. Au lieu de s'en remettre à l'appréciation du tribunal des centumvirs, le sénat a fixé la quotité qui lui a paru convenable pour écarter la plainte d'inofficiosité. La quarte Afinienne est une prime accordée à ceux qui ont des enfants et spécialement des garçons ; si pour alléger ses charges, le père en donne un en adoption, il est assuré que cet enfant n'est pas exposé à rester sans ressources (cf. un privilège d'une autre espèce accordé au père de trois fils : *C. Th.*, XII, 1, 132). L'adopté qui a reçu moins du quart peut réclamer le complément, sans doute par une action *familiæ erciscundæ* utile. Arg. Ulp., *D.*, X, 2, 2, 1. *Inst.*, III, 1, 14. C'est en s'appuyant sur ce Sc., confirmé plus tard par le rescrit d'Antonin qui a établi la quarte Antonine, que la jurisprudence a établi la quarte légitime. Le Sc. Afinien a été abrogé par Justinien; il n'avait plus d'utilité depuis la modification des effets de l'adoption par cet empereur. Accarias (I, 1153) et Girard (p. 188, 4) pensent que le sénat s'est occupé, non pas de l'exhérédation injuste ou de l'institution insuffisante, mais de l'émancipation de l'adopté, comme l'a fait cinq siècles plus tard Justinien. Mais on ne s'expliquerait pas qu'au lieu de généraliser le précédent créé par le sénat, Justinien ait procédé à une refonte de la législation sur l'adoption.

(4) Ulp., *D.*, XXXVIII, 8, 1, 4.

(5) Paul., *h. t.*, 23; Mod., *D.*, XXXVIII, 10, 4, 10.

(6) L'adopté perd tous les droits que l'adoption lui avait fait acquérir : Pap., 13; cf. Ulp., *D.*, II, 4, 8.

(7) Probablement depuis un Sc. du temps de Néron (Tac., *Ann.*, XV, 19; Ulp., *D.*, XXXI, 51, 1 ; L., 5, 2, 2.

(8) Ulp., *h. t.*, 15 pr. ; Gaius, III, 83. Pap. *D.*, XXXVII, 11, 11, 2.

(9) Cf. C. civ. 348, 350.

(10) *C.*, VIII, 47, 10 pr. Il s'agit d'un ascendant qui n'a pas la puissance sur l'adopté : ascendant maternel, aïeul paternel d'un enfant conçu après l'émancipation

n'a pas actuellement de droit de succession dans sa famille naturelle parce qu'il est primé par son père. Mais ici l'exception n'est admise que si, à la mort du grand-père naturel, le père de l'adopté vit encore; s'il est prédécédé, l'adopté étant en ordre utile pour succéder, on applique la règle générale.

La création de l'adoption *minus plena* eut pour but, dit Justinien, de corriger une iniquité : le lien résultant de l'adoption était très fragile entre personnes qui n'étaient pas unies par les liens du sang; il était parfois brisé par l'émancipation le jour même où il avait été formé. L'adopté, qui avait perdu ses droits à la succession de son père, perdait aussi tout droit à la succession de l'adoptant. Cette innovation fut d'autant mieux accueillie qu'elle consacrait un usage depuis longtemps admis dans les provinces orientales. Ce fut le complément de celle que Justinien avait opérée pour les formes de l'adoption.

II. Adoption testamentaire.

Cette institution est mentionnée uniquement par les auteurs non juridiques. L'exemple le plus connu est celui d'Octave, adopté par le testament de J. César (1). L'adoption testamentaire paraît être une variété de l'adrogation : elle était usitée dans le cas où l'adrogation n'aurait pas été admise, parce que l'adrogeant pouvait encore espérer des enfants; probablement aussi dans le cas où l'adrogé n'était pas disposé à renoncer à son indépendance et à passer sous la puissance de l'adrogeant; elle était également utile pour les femmes qui étaient incapables d'avoir la puissance paternelle (2). Dans tous les cas, le citoyen sans enfant faisait connaître par testament sa volonté d'adopter comme fils celui qu'il avait choisi; cette déclaration était soumise à la ratification des comices curiates (3).

L'adoption testamentaire perdit une grande partie de sa raison d'être lorsque la liberté de tester fut reconnue à tout chef de famille pubère, qu'il eût ou non des enfants. Elle se conserva encore quelque temps, parce qu'elle transmettait à l'adopté le nom de l'adoptant et les droits de patronat. Au IIe siècle, elle se réduit à une clause par laquelle un testateur impose à l'institué la condition de changer de nom pour recueillir l'hérédité (4).

de son fils, père émancipé après la naissance de son fils qui est resté sous la puissance du grand-père.

(1) Suet., *Aug.*, 4. L'adoption testamentaire existe aussi dans le droit grec. Cf. Schulin, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882, p. 21; Mitteis, *Reichsrecht*, 340.

(2) Cic., *ad Att.*, VII, 8.

(3) Dio, XLVI, 47; App., III, 94.

(4) Gaius, *D.*, XXXVI, 1, 63, 10. Cf. Ulp., *D.*, XXXIX, 5, 19, 6. Suet., *Cæs.*, 83.

CHAPITRE VII

La légitimation.

La légitimation est l'acte par lequel on donne aux enfants nés du concubinat la qualité d'enfants légititimes en les relevant du vice de leur naissance. En cela elle diffère de l'adrogation qui peut aussi s'appliquer à un enfant naturel (1), mais qui n'efface pas sa condition originaire. La légitimation apparaît à une époque où, sous l'influence du christianisme, le concubinat est considéré comme un désordre et entraîne une souillure pour les enfants qui en sont issus.

§ 1er. **Légitimation par mariage subséquent.** — Constantin permit aux père et mère de réparer leur faute en régularisant leur situation par un *mariage subséquent*. Mais ce fut une faveur accordée à titre exceptionnel dans une circonstance déterminée (2). Pendant deux siècles, on n'en connaît qu'un autre exemple, sous le règne de Zénon (3). La loi ne pouvait encourager pour l'avenir une sorte d'union que la religion réprouvait. En 517, l'intérêt des enfants fit renoncer à cette réserve. Anastase autorisa ceux qui n'avaient pas d'enfants légitimes à légitimer par mariage subséquent les enfants nés ou à naître de la femme qu'ils avaient *uxoris loco* : ces enfants passaient sous la puissance de leur père, acquéraient un droit à sa succession *ab* intestat, devenaient capables de recevoir de lui à titre gratuit. Deux ans après, Justin rétablit le régime antérieur.

Justinien a fait de la légitimation par mariage subséquent une institution permanente sous trois conditions : 1° que la mère soit une femme libre ; jusqu'alors on exigeait qu'elle fût ingénue ; 2° que le mariage ait été possible au jour de la conception de l'enfant ; les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légitimés ; 3° qu'il y ait un contrat de mariage pour marquer la transformation du concubinat en justes noces (4). Justinien admet la légitimation, alors même que le père a des enfants légitimes d'un précédent mariage (5).

§ 2. **Légitimation par rescrit.** — Justinien a créé un nouveau mode

(1) ANASTAS., *C.*, V, 27, 6, 1 (préfecture d'Orient). Cf. Lactance (*De morte persec.*, 50). Cette adrogation, que Constantin avait interdite pour certaines catégories d'enfants naturels (*C. Th.*, IV, 6, 3), fut prohibée d'une manière générale depuis 519 : JUSTIN, *C.*, V, 27, 7 ; *Nov.*, 74, c. 3 ; 89, c. 7.

(2) Constantin et Licinius avaient eu chacun un fils naturel avant leur mariage, Crispus né vers 305 de Constantin et de Minervina (Aur. Vict., 41, 4. Zos. II, 20), Licinianus né en 313 de Licinius et d'une esclave. Ces enfants furent légitimés par rescrit (*C. Th.*, IV, 6, 2 le dit pour Licinianus), au plus tard lorsqu'ils reçurent le titre de César : Licinianus en 314, Crispus en 317 (Cf. J. MAURICE, *Numismatique Constantinienne*, 1908, I, 114 ; 417). C'est sans doute à cette occasion que les empereurs autorisèrent ceux qui avaient des enfants naturels à les légitimer.

(3) Zénon avait eu un enfant naturel avant d'être empereur : THEOPHAN., *Chronogr.*, I, 182, 13.

(4) *Inst.*, I, 10, 13 ; ZENO., ANAST., JUST., *C.*, V, 27, 5-7. Cf. C. civ. 331, 333.

(5) *Nov.*, 12, c. 4 ; 18, c. 11 ; 78, c. 3-4. Exception pour le mariage subséquent d'un patron et de son affranchie (*Nov.*, 18, c. 11).

de légitimation applicable au cas où le mariage subséquent n'est pas possible par suite du décès, de l'absence ou de l'indignité de la mère : c'est la légitimation *par rescrit* du prince. Elle peut être demandée soit par le père, soit même par les enfants après sa mort, s'il en a exprimé le vœu dans son testament. Mais on exige ici qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes (1).

§ 3. **Légitimation par oblation à la curie.** — La légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du prince confère au père la puissance sur ses enfants et procure à ceux-ci tous les droits des enfants légitimes. Il n'en est pas de même de la légitimation par *oblation à la curie.* Ce troisième mode fut consacré par Théodose II, pour faciliter le recrutement du corps des *curiales* (2), mais il n'a d'autre effet que de soustraire l'enfant naturel à l'incapacité de recevoir à titre gratuit. Le père qui, à défaut d'enfant légitime, fait inscrire un ou plusieurs de ses enfants naturels (3) parmi les *curiales* de sa cité d'origine (4), peut disposer à leur profit à titre gratuit, comme si l'enfant était légitime (5). Sous Justinien, la légitimation par oblation à la curie est permise au père, même en présence d'enfants légitimes : elle lui fait acquérir la puissance sur son fils et confère au fils un droit à la succession *ab* intestat de son père, sans que sa part puisse excéder celle de l'enfant légitime le moins prenant (6); mais l'enfant légitimé reste ici étranger à la famille de son père.

(1) *Nov.*, 74, c. 1-2 (538).

(2) M. Aurèle avait permis d'inscrire les *spurii* dans l'ordre des décurions lorsqu'ils n'avaient pas de compétiteurs nés en légitime mariage. et qu'il y avait des places vacantes (Ulp., *D.*, L, 2, 3, 2. Pap., 6). Au Bas-Empire, l'enfant naturel offert à la curie est toujours soumis aux charges qui incombent aux *curiales (curiæ nexibus obligatus : C.* V. 27, 3); il peut devenir décurion s'il y a une vacance (*Nov. Th.* 22, 1 : *civitatis adscribendi sunt ordini;* 22, 8 : *decurionibus (sobolem) immiscere*) ou lorsqu'il y en aura une (Leo, *C.* V. 27, 4 : *municipalibus eum voluit aggregare muneribus et donare patriæ principalem*).

(3) *Nov.* Theod., 22, 8 : *Suscepta ex inæquali conjugio soboles.* S'il s'agit d'une fille, il suffit de la marier à un *curialis.* Le père devait constituer à l'enfant une fortune suffisante pour supporter les charges du la curie. Cette fortune variait sans doute suivant les cités. En 342, dans le diocèse d'Orient et probablement pour la curie d'Antioche, elle devait être territoriale et dépasser 25 arpents, soit en biens propres, soit partie en biens propres, partie en biens affermés au domaine privé de l'empereur (*C. Th.,* XII, 1, 33). — La légitimation peut avoir lieu après la mort du père s'il a laissé sa fortune à ses enfants naturels en exprimant le vœu qu'ils soient inscrits à la curie (Leo, *C.*, V, 27, 4). Justinien permet aux enfants naturels de s'offrir eux-mêmes à la curie lorsqu'il n'y a pas d'enfants légitimes. *Nov.*, 89, c. 2, 1-2.

(4) S'il est originaire d'un *vicus* ou d'un *ager*, il doit le présenter à la curie ou à la cité dont dépend cette localité. Celui qui est originaire de Byzance ou de Rome peut présenter ses enfants naturels à la curie d'une cité de son choix, pourvu que ce soit une métropole. *Nov.*, 89, c. 2, 2-3.

(5) La novelle, rendue en 443 sur la proposition du préfet d'Orient, fut faite également en vue de l'Occident : on en prévoit l'application à Rome et à Byzance.

(6) *C.*, V, 27, 9, 3; *Inst.*, I, 10, 13; III, 1, 2; *Nov.*. 89, c. 2-6. Cf. p. 166.

CHAPITRE VIII

Les personnes en tutelle.

La tutelle et la curatelle sont deux institutions originairement très différentes, mais qui ont été peu à peu rapprochées et soumises, à bien des égards, à des règles communes. Au Bas-Empire, elles tendent au même but : protéger les intérêts pécuniaires de citoyens *sui juris* qui sont réputés incapables de les défendre. Elles se distinguent dans la forme bien plus que dans le fond. Il serait difficile à cette époque d'en justifier la coexistence si l'on ne remontait à l'ancien droit.

I. But de la tutelle.

La tutelle s'applique à deux classes de personnes *sui juris :* les impubères et les femmes. Elle eut d'abord pour but de protéger leurs biens contre les attaques ou les usurpations des tiers; puis de les diriger dans l'accomplissement des actes juridiques ou dans l'exercice des actions en justice (1). Cette notion de la tutelle suppose un état du droit où l'aliénation des choses précieuses *(mancipi)* est soumise à des restrictions dans l'intérêt de la famille, où la conclusion d'un acte juridique, l'exercice d'une action de la loi sont d'une réalisation difficile ou même périlleuse, l'erreur la plus légère entraînant la nullité de l'acte ou la perte du procès. A l'époque classique, la création d'actes juridiques non solennels, la décadence du principe de la conservation des biens dans la famille, le changement de procédure ont fait disparaître en partie ou atténué les dangers auxquels les femmes et les enfants étaient exposés : la tutelle n'a pour les femmes qu'une utilité restreinte; pour les enfants, elle a pour but principal l'administration des biens.

II. Délation de la tutelle.

D'après la loi des Douze Tables, la tutelle peut être déférée de deux manières : par un acte de dernière volonté du chef de famille ou par la loi. De là deux sortes de tutelle : la tutelle testamentaire et la tutelle légitime. Le droit postérieur en connaît deux autres : la tutelle Atilienne et la tutelle fiduciaire. Dans tous les cas, la tutelle est un office viril. Les citoyens Romains pubères seuls, et par faveur les Latins (mais non les Latins Juniens), peuvent être tuteurs; les femmes sont exclues (2). Sous l'influence des coutumes orientales, le droit du Bas-

(1) Serv., ap. Paul., *D.*, XXVI, 1, 1 pr. : *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* Le texte original devait contenir *vel sexum.* Les compilateurs les ont supprimés parce que la tutelle des femmes n'existait plus sous Justinien.

(2) A moins d'une autorisation de l'empereur. Ner., *D.*, XXVI, 1, 18. Mais elles peuvent exercer un contrôle sur la gestion. Pap., ap. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 5, 8. En Égypte, le droit local permettait à la mère d'exercer la tutelle : *P. Oxy.*, 265; cf. Wenger, *Sav. Z.*, XXVI, 449; XXVIII, 305; XXIX, 474.

Empire a admis des exceptions à cette règle. Les femmes peuvent, à défaut de tuteur testamentaire, être appelées sur leur demande à la tutelle de leurs enfants légitimes ou naturels (1), pourvu qu'elles aient 25 ans et sous certaines conditions (2). A l'inverse, on a déclaré incapables les mineurs de 25 ans, les militaires, les évêques et les moines (3).

§ 1er. **Tutelle testamentaire.** — Le chef de famille a le droit de choisir le tuteur de sa femme et de ses enfants (4); nul n'est mieux placé pour désigner la personne la plus apte à exercer la tutelle. Le droit classique est si favorable à ce mode de délation de la tutelle, qu'il préfère le tuteur choisi par le père au tuteur légitime, même si la nomination n'est pas régulière. Il exige simplement que le tuteur irrégulièrement nommé soit confirmé par le magistrat. Cette confirmation a lieu sans enquête : elle n'a d'autre but que de couvrir l'irrégularité de l'acte; le tuteur est traité comme un tuteur testamentaire. On a été plus loin : si le tuteur est nommé dans un codicille non confirmé ou par un testateur qui n'a pas qualité pour faire cette nomination, le magistrat peut le confirmer après enquête (5).

§ 2. **Tutelle légitime.** — A défaut de tuteur testamentaire, la loi défère la tutelle aux agnats et, subsidiairement, aux *gentiles*. C'est une application du principe de la solidarité familiale : les membres de la même maison ou de la même *gens* se doivent mutuellement aide et protection. En pratique, la tutelle légitime était exercée par le plus proche agnat, celui que la loi appelait à la succession *ab* intestat. Ainsi s'établit dans l'esprit des Romains une corrélation entre la vocation à la tutelle et la vocation à la succession (6). Mais cette corrélation n'avait rien de nécessaire : lorsque le plus proche agnat était ou devenait incapable d'être tuteur (femme, impubère, fou), il était exclu de la tutelle, bien qu'il conservât son droit à la succession; on le remplaçait par un agnat du degré subséquent ou, à défaut, par un *gentilis*. Il en était autrement pour la tutelle du patron, qui n'est en réalité qu'un des droits du patronat : elle lui appartient même s'il est incapable (7). Les femmes seules sont exceptées : la tutelle est un office viril.

(1) *C.*, V, 35, 2.

(2) La veuve doit jurer de ne pas se remarier; si elle ne tient pas son serment, l'enfant a une hypothèque légale sur les biens du second mari (Valent., *C.*, V, 35, 2, 2). Justinien est plus exigeant pour la mère de l'enfant naturel : elle doit jurer de ne pas se marier, renoncer au Velléien et donner à l'enfant une hypothèque sur tous ses biens (*ibid.* 3). En 539, il imposa à la veuve ces deux dernières conditions et remplaça dans tous les cas le serment par une simple promesse dont l'inobservation entraîne la déchéance de la tutelle. *Nov.* 94.

(3) *Inst.* 1, 25, 13-14; *Nov.* 123, c. 5.

(4) Ulp., XI, 14; Gaius, I, 144. Cf. C. civ. 397. A la fin de la République, la nomination du tuteur doit être écrite dans le testament (Gaius, II, 231). C'est une question de savoir si, au temps des Douze Tables, la nomination du tuteur par le chef de famille n'était pas indépendante du testament. Cf. Ed. Cuq, *Ancien droit*, 130.

(5) Nerat., *D.*, XXVI, 3, 2 pr.; Pap., *eod.*, 6; Mod., *eod.*, 1, 1. Le père peut, dans son testament, charger un tiers de nommer le tuteur. *P. Oxy.*, 495.

(6) Gaius, I, 164; *Inst.*, I, 17.

(7) Gaius, I, 165, 179, 180, 192. Cette tutelle a été établie, non par la loi, mais par l'interprétation des Prudents, lorsque les liens qui unissaient l'affranchi au patron se furent relâchés. Anciennement il ne pouvait en être question : le patron avait le devoir de protéger l'affranchi qui était sous sa dépendance,

La tutelle légitime a perdu, au début de l'Empire, une partie de son application : la tutelle gentilice est tombée en désuétude (1). La tutelle des agnats sur les femmes a été abolie au Ier siècle par la loi Claudia. Il ne reste à cette époque que la tutelle légitime du père émancipateur (2).

Dans les provinces orientales, on trouve encore, après l'édit de Caracalla, la trace de la tutelle légitime du mari (3) et des agnats (4), usitée chez les Grecs. Dioclétien a refusé de l'accueillir, mais Constantin l'a consacrée. Julien a supprimé la tutelle légitime du mari, qui n'était pas en harmonie avec les principes de la législation Romaine; mais la tutelle légitime des agnats, rétablie par Constantin sous l'influence des coutumes orientales, a subsisté jusqu'à Justinien, qui l'a remplacée par celle des cognats (5).

§ 3. **Tutelle dative.** — C'est la tutelle déférée par le magistrat à défaut de tuteur testamentaire ou légitime. Aux premiers siècles, il était très rare qu'il n'y eût pas de tuteur légitime. Dans les familles patriciennes, les liens d'agnation et de gentilité étaient si étroits qu'on n'était pas en peine de trouver un tuteur. Mais lorsque les guerres et le commerce avec les pays étrangers eurent dispersé nombre de citoyens dans des régions souvent fort éloignées de Rome, il fut parfois difficile de savoir où était l'agnat ou le gentil capable d'exercer la tutelle. Le fait devait être plus fréquent dans les familles plébéiennes, qui n'étaient pas organisées en *gentes* : à défaut d'agnats, il n'y avait pas de tuteur légitime. La loi Atilia, antérieure à 568 (6), confère le pouvoir de nommer le tuteur au Préteur urbain, de concert avec la majorité des tribuns de la plèbe. Les Prudents ont étendu l'application de la loi, au cas où un tuteur testamentaire est temporairement empêché (captif, nommé à terme ou sous condition) (7). La loi Atilia n'était faite que pour Rome et l'Italie. Les lois Julia et Titia ont conféré le droit de nommer un tuteur aux gouverneurs des provinces (8).

La nomination des tuteurs par les magistrats a été réglementée à nouveau sous l'Empire. Claude conféra aux consuls le droit de nommer des tuteurs *extra ordinem* (9) : ce fut une mesure exceptionnelle et temporaire; Gaius n'en fait pas mention (10).

Un Sc. du règne de Marc-Aurèle institua un Préteur spécial (*prætor*

(1) Gaius, I, 171; III, 17. La tutelle gentilice existait encore au temps d'Auguste : cf. *Turiæ laudatio*, *C. I. L.*, VI, 1527, 31670.

(2) Gaius, I, 157. Diocl., *C.*, II, 20, 5.

(3) Diocl., *C.*, VIII, 55, 6; V, 30, 1. Cf. Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, 1913, p. 78.

(4) Julian., *C. Th.*, III, 1, 3; Const., *cod.* 17, 2 : tutelle de l'oncle paternel.

(5) *Nov.*, 118, c. 5. C. civ. 402 attribue la tutelle légitime aux ascendants.

(6) Tite-Live (XXXIX, 9) en cite une application à cette date.

(7) Gaius, I, 185-187. Aujourd'hui, la tutelle dative est déférée par le conseil de famille : C. civ. 405.

(8) Ce sont 2 lois distinctes. Cf. Éd. Cuq, *Un diptyque latin-grec de l'an 198 sur la tutelle dative des femmes* (Acad. Inscr., *CR*, 1920, p. 40). Fr. Sinaït., 20, mentionne un *legis Titiæ titulus*. *P. Oxy.*, 720, de l'an 247.

(9) Suet., *Claud.*, 23, cf. Capitol., *Ant. phil.*, 10; *Inst.*, I, 20, 3. Claude n'a pu enlever au préteur urbain et aux tribuns un pouvoir qu'ils tenaient de la loi; au Ier siècle, l'empereur ne peut abroger une loi.

(10) De son temps, les lois Atilia, Julia et Titia étaient toujours en vigueur. Gaius, I, 185. Son témoignage doit prévaloir sur l'affirmation contraire de *Inst.*, I, 20, 3.

tutelaris) pour Rome et la région environnante (1); dans le reste de l'Italie, la nomination des tuteurs fut confiée aux *juridici* (2); dans les provinces sénatoriales, au proconsul et à son légat (3). Enfin Caracalla autorisa les magistrats municipaux à nommer des tuteurs, mais seulement s'ils trouvent dans leur cité des personnes aptes à en remplir les fonctions; sinon ils doivent en chercher dans les cités voisines et les désigner au *juridicus* ou au gouverneur de la province, qui les nommera pourvu qu'elles soient domiciliées dans son ressort (4).

La nomination des tuteurs a lieu sur requête adressée aux magistrats et après enquête. La requête peut être présentée par les parents ou amis du pupille *(petitio)* ou par le pupille lui-même; elle doit l'être, depuis S. Sévère, par la mère du pupille sous peine d'être déchue comme indigne de la succession *ab* intestat de son fils, par l'affranchi de son père sous peine d'être puni par le magistrat pour avoir manqué à son devoir (5). Le magistrat examine si la personne qui lui est proposée par la mère ou par l'affranchi est apte à gérer convenablement la tutelle. Sinon, il demande qu'on lui en propose une autre; il peut charger les magistrats municipaux, lorsqu'ils n'ont pas eux-mêmes le *jus dandi tutorem*, de lui faire des propositions (6).

Sous Justinien, les tuteurs datifs sont nommés par les magistrats supérieurs ou les magistrats municipaux, suivant que la fortune du pupille est supérieure ou non à 500 sous d'or. Dans le premier cas, la nomination est faite après enquête *(ex inquisitione)*; dans le second, la garantie morale résultant de l'enquête est remplacée par l'obligation imposée au tuteur de fournir la caution *rem pupilli salvam fore* (7).

Le magistrat nomme un tuteur unique, à moins que le pupille n'ait des immeubles dans des provinces différentes (8). Les nécessités de l'administration obligent ici à multiplier les tuteurs.

Le tuteur nommé par le magistrat ne peut décliner cette fonction que s'il a une excuse à faire valoir (9) ou s'il peut désigner une personne

(1) Capitol., *Ant. phil.*, 10. *C. I. L.*, V, 1874. D'après Tryph., *D.*, XXVII, 1, 45, 3, le préfet de la ville est aussi compétent pour nommer des tuteurs, sans doute aux enfants des clarissimes, comme à l'époque ultérieure. On ignore à quelle date remonte cette attribution du préfet. Cf. Vigneaux, 204.

(2) Ulp., *Vat. fr.*, 205, 232. Avant la création des *juridici*, les tuteurs étaient nommés en Italie par les magistrats municipaux : il en était ainsi sous Hadrien (ap. Ulp., *D.*, XXVII, 8, 1, 9) et peut-être plus tôt. Dans le municipe latin de Salpensa, ce droit leur appartient sous Domitien (*Lex Salp.*, c. 29). Un Sc. du règne de Trajan accorde aux pupilles une action utile subsidiaire contre les magistrats municipaux *tutorum nominatores* (*C.*, V, 75, 5).

(3) Ulp., *D.*, XXVI, 5, 1, 1.

(4) Ulp., *eod.*, 3; XXVII, 8, 1, 10; Carac., *C.*, V, 32, 1. Pour l'Egypte, cf. Wilcken, *Arch. Pap.*, III, 368; Mitteis, *Sav. Z.*, XXIX, 390.

(5) Fr. Sinaï, 20; Mod., *D.*, XXVI, 6, 2, 1 et 2; Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 23 et 47; Carac., *C.*, V, 31, 2.

(6) Ulp., *D.*, XXVII, 8, 1, 3. Un Sc. de Marc-Aurèle limite le choix du tuteur lorsqu'il s'agit d'un affranchi : on doit choisir un affranchi de la même localité; à défaut seulement on peut nommer un ingénu. (Mod., *D.*, XXVII, 1, 1, 4.)

(7) *Inst.*, I, 20, 5. Le magistrat doit être assisté de l'évêque; l'acte de nomination est déposé aux archives de l'église (*C.*, I, 4, 30, 2).

(8) Ulp., *Vat. fr.*, 232; *D.*, XXVI, 2, 15.

(9) Les causes d'excuses ont été déterminées par la loi : les unes sont propres à la tutelle, les autres sont communes à tous les *munera civilia*. Cf. *D.*, XXVII, 1; *C.*, V, 62; X, 48; *Vat. fr.*, 123-247. Cf. C. civ. 427-441.

qui lui soit préférable *(potioris nominatio)* (1). Une fois en charge, il peut s'excuser temporairement : en cas d'absence pour le service de l'État, ou lorsqu'il est nommé membre du conseil impérial ou secrétaire du préfet du prétoire (2).

La tutelle est encore déférée par le magistrat : 1° en vertu d'une coutume vraisemblablement antérieure à la loi Atilia, lorsque la femme ou le pupille a un procès avec son tuteur. Le Préteur urbain (3) lui donne un tuteur *ad hoc*, appelé tuteur *prétorien;* 2° en vertu de la loi Julia *de maritandis ordinibus,* pour autoriser la femme à se constituer une dot lorsque son tuteur est un impubère (4).

§ 4. **Tutelle fiduciaire.** — Cette tutelle est déférée dans deux cas : émancipation d'un impubère, *coemptio* fiduciaire d'une femme. Elle doit son nom au pacte de fiducie qui accompagne chacun de ces actes et par lequel l'acquéreur fictif de l'émancipé ou de la femme promet de l'affranchir. Régulièrement, ce tiers devrait être tuteur légitime en qualité de patron de l'affranchi, mais comme il n'est intervenu que pour la forme, on le qualifie tuteur fiduciaire. Il n'en est pas de même lorsque le troisième affranchissement est fait par le père de l'émancipé : le titre de tuteur légitime est conservé au père, mais après sa mort on le refuse à ses enfants, qui restent tuteurs fiduciaires. On a continué à leur donner ce nom, même après la suppression du pacte de fiducie, lorsque la forme de l'émancipation a été modifiée sous Justinien (5).

III. Tutelle des impubères.

§ 1er. **Devoirs du tuteur.** 1. ÉDUCATION DU PUPILLE. — Le tuteur d'un pupille doit surveiller sa conduite, pourvoir à son éducation et à son entretien, comme le ferait un père de famille (6). Mais le pupille ne réside pas habituellement chez son tuteur : il demeure chez la personne désignée par le père dans son testament ; sinon, il reste avec sa mère. S'il n'a plus sa mère, il est confié aux soins d'un proche parent (7) qui peut être le tuteur lui-même lorsqu'il est un agnat.

2. *AUCTORITAS.* — Le tuteur doit donner son *auctoritas*, lorsque le pupille a intérêt à accomplir un acte juridique ou à soutenir un procès. Le tuteur se porte garant *(auctor)* que l'acte est fait avec discernement (8).

a) Formes. — L'*auctoritas* fut pendant longtemps un acte solennel,

(1) La *potioris nominatio* apparaît dans un rescrit de Marc-Aurèle (*Vat. fr.*, 210), et a été vraisemblablement introduite par un Sc. rendu sous cet empereur en matière de tutelle. Elle a été restreinte par un Sc. de S. Sévère : *Vat. fr.*, 158, 212.
(2) *Vat. fr.*, 135, 222 ; SEV., CAR., ap. PAP., *D.*, XXVII, 1, 30 pr. Cf. notre *Conseil des Empereurs*, p. 351.
(3) En cas d'opposition d'intérêts entre le pupille et son tuteur, certains jurisconsultes pensaient (GAIUS, I, 184) que, depuis la suppression des actions de la loi, la nomination d'un tuteur *ad hoc* était inutile ; d'autres étaient d'avis qu'elle conservait son utilité en cas de *judicium legitimum*.
(4) ULP., XI, 20 ; GAIUS, I, 180, 181.
(5) GAIUS, I, 172, 175. *Inst.*, I, 18.
(6) PAUL., *Vat. fr.*, 304 : *quasi parentes ;* *D.*, XXVI, 7, 12, 3.
(7) Q. MUC., ap. POMP., *D.*, XXXIII, 1, 7. La désignation faite par le père est soumise au contrôle du magistrat.
(8) CIC., *Acad. prior.*, II, 25.

impliquant une interrogation suivie d'une réponse du tuteur (1). Elle exigeait la présence du tuteur au moment de la conclusion de l'acte; elle se donnait verbalement et non par lettre (2). En cela, elle différait de l'autorisation du droit moderne.

A l'époque classique le formalisme a été atténué : 1° l'interrogation n'est plus nécessaire, ni par suite la présence de celui qui veut traiter avec le pupille. Cette règle nouvelle facilite la conclusion des actes qui peuvent se former entre absents, comme la vente et le louage : le tuteur donne son *auctoritas* lors de l'acceptation par le pupille; 2° lorsque, suivant l'usage emprunté aux Grecs, l'acte est rédigé par écrit, il suffit qu'il mentionne l'approbation du tuteur (3).

L'*auctoritas*, pour être valable, doit être donnée librement, en connaissance de cause et sans condition (4). Le tuteur ne peut se porter *auctor* d'un acte juridique ou d'un procès auquel il est intéressé; mais le pupille, devenu pubère, a le droit de confirmer l'acte qui désormais ne peut être attaqué (5).

*b) Exclusion de l'*auctoritas *lorsque le pupille est* infans. — L'incapacité de fait de l'impubère est plus ou moins complète suivant qu'il est ou non *infans* (6). Avant Justinien, aucune loi ne paraît avoir fixé le terme de l'*infantia* : c'était une question d'appréciation (7). L'*infans* est celui qui n'est pas en état de parler correctement; il n'est pas nécessaire que ce soit avec pleine intelligence. Sous Justinien, l'*infantia* prend fin uniformément à 7 ans.

L'*infans* est entièrement incapable. Pour lui, il ne peut être question

(1) Paul., *D.*, XXVI, 8, 3, cf. Val. Prob. : *Postulo anne fias auctor*. Les muets ne peuvent être tuteurs : Paul., *D.*, XXVI, 1, 1, 2.

(2) Gaius, *D.*, XXVI, 8, 9, 5. Il en est autrement du *jussum* donné par le père pour autoriser son fils à faire un acte juridique. Ulp., *D.*, XXIX, 2, 25, 1.

(3) Paul., *D.*, XXVI, 8, 3 : *Cum se probare dicit quod agitur*. Gaius, *eod.*, 9, 6.

(4) Ulp., *eod.*, 1, 1; Paul., 17; Jul., 14; Ulp., 8. Parfois un procès est soutenu par un pupille assisté d'un faux tuteur. Si cette personne est intervenue par dol, le Préteur ne veut pas que l'adversaire, qui a cru avoir affaire au vrai tuteur, soit victime de cette fraude (Ulp., *D.*, XXVII, 6, 1 pr.; 7 pr., 1) : il lui donne une action contre l'auteur du dol. Cette action, qui existait au temps de Labéon (Ulp., 9, 1) est pénale, annale, intransmissible passivement; la peine est ici égale au montant du préjudice causé (*Ibid.*, 7, 2). Le Préteur y joint, s'il y a lieu, une *in integrum restitutio* (*Ibid.*, 1, 6; Pomp., 7, 3). Il est indifférent que le faux tuteur ait averti la partie adverse si celle-ci de bonne foi ne l'a pas cru; ou que le pupille soit ou non au courant de la fraude (Paul, *eod.*, 2 et 6). — Une règle analogue a été appliquée par l'Edit aux contrats conclus par le pupille avec l'*auctoritas* d'un faux tuteur (Ulp., *eod.*, 11 pr., 1).

(5) Lab., *eod.*, 22; Ulp., *eod.*, 1 pr.; 5, 2. Cf. p. 209, 3.

(6) Dans l'ancien droit, la distinction était moins nette : l'*infanti proximus* était traité comme l'*infans*. Une raison d'utilité pratique a fait écarter cette assimilation : l'enfant peut stipuler ou promettre dès qu'il est en état de parler correctement. Gaius, III, 109.

(7) C'est un point controversé. De bonne heure, sous l'influence des doctrines de Pythagore, on considéra l'âge de 7 ans comme celui où les enfants sont en état de parler correctement (Serv., *Æn.*, V, 295; Plin., *H. n.*, XI, 37, 174), mais cette manière de voir ne paraît pas avoir eu une valeur juridique avant le Bas-Empire. Cf. Collinet, *N. R. H.*, XXIV, 366. A l'époque classique on ne trouve que deux textes en ce sens : l'un (Mod., *D.*, XXIII, 1, 14) est sûrement interpolé, car il fixe l'âge de 7 ans après avoir dit que le terme de l'*infantia* n'a pas été défini; l'autre (Ulp., *D.*, XXVI, 7, 1, 2) est suspect, car partout ailleurs Ulpien appelle l'enfant *qui fari non potest*. La fixation de l'âge de 7 ans fut admise par Arcadius pour l'adition de l'hérédité maternelle échue à un fils de famille : à partir de 7 ans il peut accepter lui-même et il est dispensé de la *cretio*. *C. Th.*, VIII, 18, 8.

d'*auctoritas*. Le tuteur peut fortifier, diriger la volonté de l'enfant; il ne peut y suppléer. Si donc le pupille est *infans*, le tuteur ne peut agir à sa place; telle est la règle primitive qui ne souffre qu'une exception : le tuteur peut exercer une action de la loi au nom du pupille. Cette exception était conforme au but originaire de la tutelle : donner au pupille un défenseur (1). Dans tout autre cas, le tuteur n'avait que la ressource de faire faire l'acte par un esclave du pupille, si c'était possible.

*c) Incapacité partielle du pupille sorti de l'*infantia. — L'impubère qui n'est plus *infans* est partiellement incapable : il ne peut se marier, faire un testament, être tuteur, témoin, porte-balance, *antestatus*; mais il peut conclure un acte juridique entre vifs avec l'*auctoritas* de son tuteur (p. 125, 4). Il peut même, à l'époque classique, faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure, c'est-à-dire qui augmentent son patrimoine. Ces actes s'apprécient, non d'après leur résultat, mais d'une manière abstraite, sans qu'on ait à rechercher s'ils sont avantageux au pupille. Ils sont de deux sortes : ils impliquent l'acquisition d'un droit ou la libération d'une charge. Désormais le pupille, sorti de l'*infantia*, n'a besoin du concours de son tuteur que pour les actes qui rendent sa condition pire, c'est-à-dire qui entraînent une aliénation ou une obligation.

Cette règle s'applique sans difficulté aux actes unilatéraux (2). On l'a étendue aux actes bilatéraux, qui rendent la condition du pupille meilleure et pire à la fois : comme la vente qui le rend créancier d'une chose et débiteur du prix; le prêt qui implique l'aliénation d'une quantité et l'acquisition d'une créance; le payement qui libère le pupille d'une obligation, mais le force à aliéner l'objet promis. Tous ces actes sont valables *ex uno latere*, au regard de celui qui a traité avec le pupille, nuls en ce qui concerne le pupille, ou du moins ne l'obligent, depuis Antonin le Pieux, que dans la mesure de son enrichissement (3). C'est là un résultat peu pratique : la situation défavorable faite aux tiers a dû les détourner de conclure avec un pupille, non assisté de son tuteur, des actes où ils avaient des risques sérieux à courir.

La règle, qui exige le concours du tuteur pour la validité des obligations contractées par le pupille, ne s'applique pas en matière de délits. La loi antique ne fait pas ici de distinction entre l'impubère et le pubère; elle n'envisage en principe que le fait matériel, sans avoir égard à celui qui l'a commis (4). Il n'en est pas de même à l'époque classique. Seul, le pupille d'un âge voisin de celui de la puberté, s'oblige par ses délits; on le considère comme capable de discernement (*doli capax*) (5).

3. Gestion d'affaires. — Depuis le temps de Cicéron, le tuteur a plus

(1) *Inst.*, IV, 10 pr.; Paul., *D.*, XXVI, 7, 30 : *Ne indefensum pupillum relinquat.*
(2) Gaius, III, 107, 109; *D.*, XXVI, 8, 9 pr.
(3) Ulp., *eod.*, 5 pr., 1; *D.*, XIX, 1, 13, 29.
(4) Dans trois cas le magistrat est autorisé à atténuer la peine ou à renvoyer absous l'impubère : lorsque cet enfant a commis un vol manifeste, fait paître un animal (*pecus*) sur le champ d'autrui, au temps de la moisson pendant la nuit; coupé nuitamment la récolte d'autrui. Gell., XI, 18, 8. Cf. Plin., XVIII, 3, 12.
(5) Jul., ap. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 26. Cf. Gaius, *D.*, L, 17, 111 pr.

de latitude qu'autrefois : il peut faire lui-même, comme gérant d'affaires, la plupart des actes qui intéressent le pupille. Les effets de cette gestion ont varié suivant les époques. En principe l'acte produit ses effets en la personne du tuteur : c'est lui qui devient créancier ou débiteur, mais il est tenu de transférer au pupille le bénéfice de la créance, et réciproquement il se fait tenir compte des engagements qu'il a contractés. Lorsque le pupille est sorti de l'*infantia*, le tuteur peut à son choix faire l'acte lui-même ou le faire faire par le pupille avec son *auctoritas* (1). Si le pupille est *infans*, le premier parti est seul possible.

L'expédient de la gestion d'affaires réalisait un progrès; mais il entraînait une complication et faisait courir au tuteur le risque de l'insolvabilité du pupille. Au début du IIe siècle, la jurisprudence réussit à écarter en partie ces inconvénients par application de la règle qui permet d'acquérir ou de transmettre la possession par l'intermédiaire d'autrui. Le tuteur peut désormais acquérir la possession et par voie de conséquence la propriété, aliéner, prêter, hypothéquer, recevoir un payement au nom du pupille : l'acte produit ses effets en la personne de celui-ci (2).

Bientôt après, sous l'influence de Julien, on admet que, si le pupille *infans* n'a pas d'esclave, ou si, *infantia major*, il est absent, l'acte fait par le tuteur au nom du pupille produit ses effets en sa personne comme s'il y avait représentation. Les actions sont données comme actions utiles au pupille ou contre lui (3). C'est là une innovation considérable et qui facilite la gestion de la tutelle; l'absence du pupille devait être fréquente alors que le tuteur n'avait pas la garde de sa personne. — La même règle a été étendue aux actions en justice : le tuteur d'un pupille *infans* ou d'un *infantia major* absent doit les exercer ou y défendre, et il n'est pas tenu de fournir caution comme un simple mandataire lorsqu'il n'y a aucun doute sur son titre de tuteur ni sur sa qualité de chargé de la gestion (4).

Restent les actes qui exigent l'intervention personnelle de l'intéressé : la mancipation, l'acceptilation, l'adition d'hérédité. Ils sont par leur nature interdits au tuteur, et ne peuvent pas davantage être accomplis par le pupille *infans*. Mais on a tourné la difficulté : pour aliéner une *res mancipi*, le tuteur a recours à une tradition qui confère l'*in bonis*, en attendant l'achèvement de l'usucapion; l'acceptilation est remplacée par un pacte de remise; quant à l'adition d'hérédité, si le pupille est en mesure de réclamer la succession comme *bonorum possessor*, son tuteur demandera pour lui la *bonorum possessio* (5).

Cet expédient n'était pas applicable lorsque le pupille *infans* était appelé à la succession de sa mère : l'enfant n'avait pas vis-à-vis d'elle

(1) Le tuteur ne peut, sans engager sa responsabilité, se dispenser de donner son *auctoritas*, lorsque l'intérêt du pupille l'exige. PAUL, *D.*, XXVI, 8, 17.
(2) NER., *D.*, XLI, 1, 13, 1; ULP., *D*, XIII, 7, 11, 6; PAUL., *D.*, XLI, 2, 1, 20; *h. t.*, [XXVI, 7], 46, 5.
(3) JUL., ap. ULP., *D.*, XXVI, 7, 9 pr.; PIUS, *eod.*, 2 pr.; PAP., ap. ULP., *D.*, XXI, 2, 4, 1.
(4) ULP., *D.*, XXVI, 7, 23; GAIUS, IV, 99; GORD., *C.*, V, 37, 13. Cf. *D.*, XXVI, 9.
(5) ULP., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 13; ALEX., *C.*, VI, 12, 2; DIOCL., *C.*, VI, 9, 3.

la qualité d'héritier sien. En 426, dans une loi générale relative à la succession de la mère et des parents de la ligne maternelle, Valentinien III autorisa le tuteur à faire adition au nom de l'*infans* (1). C'était une dérogation à un principe reconnu insuffisant, un correctif commandé par l'intérêt du pupille.

4. Administration des biens. — *a) Obligations du tuteur.* — 1° Le tuteur a le devoir d'administrer les biens du pupille. Ce devoir fut d'abord dépourvu de sanction civile ; il n'en était pas moins rempli consciencieusement par la plupart des tuteurs. Il fut rendu obligatoire vers la fin de la République, lorsqu'on prit l'habitude de considérer la tutelle comme une charge que beaucoup cherchaient à éviter ou dont ils s'acquittaient sans diligence. Tel était le cas de la tutelle déférée par le magistrat, plus tard de la tutelle légitime. L'édit Prétorien et les constitutions impériales prirent les mesures nécessaires pour sanctionner l'obligation d'administrer (2).

2° Le tuteur datif doit promettre sous caution de conserver intacts les biens du pupille : c'est la satisdation *rem pupilli salvam fore*. La caution, agréée par le magistrat, s'oblige envers le pupille s'il est *infantia major*, sinon envers un de ses esclaves ou à défaut envers un esclave public (3). Le contrat a la forme d'une stipulation ; mais au IIIe siècle, la caution est obligée par cela seul qu'elle laisse inscrire son nom sur les actes publics en sa présence et sans protester (4). Lorsque le tuteur refuse de fournir caution, le magistrat a recours à son droit de coercition : il saisit des gages sur les biens du tuteur *(pignoris capio)* (5).

L'obligation de fournir caution a été étendue aux tuteurs légitimes, mais seulement si le magistrat le juge utile *(causa cognita)*. Elle a été étendue également aux tuteurs nommés sans enquête (6). Elle ne s'applique pas aux tuteurs testamentaires ni même en général aux tuteurs datifs nommés après enquête par un magistrat supérieur : on présume qu'ils ont été choisis en connaissance de cause (7). Sous Justinien, la caution n'est exigée du tuteur datif que si la fortune du pupille ne dépasse pas 500 solides.

En cas de tutelle testamentaire, l'Edit autorise l'emploi facultatif de la satisdation lorsque le testateur a nommé plusieurs tuteurs sans désigner celui qui sera chargé d'administrer (8). L'administration en commun présente des inconvénients que le Préteur cherche, s'il est possible, à écarter : il permet à l'un des cotuteurs de se charger seul de l'administration en offrant de fournir aux autres la satisdation *rem pupilli salvam fore* (9). Si plusieurs font la même offre, le magistrat

(1) *C.*, VI, 30, 18, 2 (empire d'Occident). Cf. pour l'empire d'Orient la règle admise, vingt ans plus tôt, par Arcadius (p. 210, 7).

(2) Gaius, I, 199 ; *Inst.*, I, 20, 4 ; 24, 3.

(3) Ulp., *D.*, XXVII, 8, 1, 15 et 16.

(4) *Ibid.*, XXVII, 7, 4, 3.

(5) *Inst.*, I, 24, 3.

(6) *D.*, XXVI, 4, 5, 1 ; cf. p. 208, 7.

(7) Gaius, I, 200 ; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XXVI, 2, 19, 1.

(8) S'il a désigné une personne inexpérimentée, ou qui, à son insu, est devenue insolvable, le magistrat a le devoir de l'écarter. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 3, 3.

(9) Ulp., *D.*, XXVI, 2, 17 pr. ; XXVI, 7, 3, 6.

donne la préférence au plus solvable (1). Si aucun des cotuteurs n'offre la satisdation, le magistrat, en vertu d'une clause subséquente de l'Édit (2), les convoque pour désigner à la majorité celui d'entre eux qui sera chargé d'administrer. En cas de refus, le magistrat choisit lui-même après enquête. Si les tuteurs n'acceptent pas cette solution et qu'ils demandent soit à administrer en commun, soit à diviser entre eux l'administration, le magistrat le leur permet.

La jurisprudence a étendu ces deux clauses de l'Édit aux cas de pluralité de tuteurs légitimes et de tuteurs nommés après enquête (3).

3° Le tuteur doit administrer en bon père de famille et au mieux des intérêts du pupille (4). Il est responsable de son dol et de ses négligences (5). S'il s'abstient d'administrer, s'il ne fait pas valoir ses excuses dans un temps déterminé, il engage sa responsabilité (6).

Dès son entrée en charge, il doit faire l'inventaire des biens du pupille. Toute négligence à cet égard est réputée dolosive et engage la responsabilité du tuteur; on pourra prouver de toutes manières, et même par le serment du pupille, la valeur des biens à administrer (7). Au Bas-Empire, l'inventaire doit être fait en présence du magistrat, des décurions, du défenseur de la cité et des greffiers publics (8). Sous Justinien, il suffit que l'inventaire soit fait par acte public; il est obligatoire sous peine de destitution du tuteur et d'infamie : décision qui serait excellente si, par une exception injustifiable, il ne dépendait du testateur d'en écarter l'application (9).

Justinien oblige le tuteur à déclarer s'il est créancier ou débiteur du pupille sous peine d'être déchu de sa créance dans le premier cas, et, dans le second, de ne pouvoir se libérer durant la tutelle (10).

(1) Ulp., *D.*, XXVI, 2, 18. Cf. E. Levy, *Sav. Z.*, XXXVII, 14.

(2) C'est l'édit *de majore parte*. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 3, 1; 3, 7 à 9. Cet édit existait au temps de Labéon (Ulp., *D.*, XXVI, 4, 5, 2) : il est mentionné dans l'édit *de postulando* (*D.*, III, 1, 3 pr.) qui existait également au temps de Labéon (*eod.*, 1, 5). L'édit sur la satisdation des tuteurs testamentaires est antérieur à l'édit *de majore parte* : par rapport à celui-ci, il forme la *superior clausula* (*D.*, XXVI, 4, 5, 3). En est-il de même de l'édit qui oblige les tuteurs datifs à fournir caution? Doit-on le faire remonter au temps de la République? L'existence de cet édit est contestée par Lenel (II, 35) à cause de *Inst.*, I, 20, 3. Cependant Gaius, I, 199, paraît bien l'attester : *Curat prætor*. On objecte qu'il n'y a pas trace de cette satisdation des tuteurs datifs avant Trajan (Ner., *D.*, XXVI, 3, 2 pr.). Mais il est difficile de croire que le Préteur se soit occupé de garantir les tuteurs testamentaires contre la mauvaise administration de leur cotuteur, s'il n'avait déjà garanti le pupille contre la mauvaise administration d'un tuteur datif. En ce sens, Karlowa, II, 1187; Taubenschlag, *op. cit.*, 24. Cf. les doutes émis par H. Lewald, *Sav. Z.*, XXXIV, 446.

(3) Ulp., *D.*, XXVI, 4, 5, 2 et 3.

(4) Callistr. *D.*, XXVI, 7, 33 pr.

(5) Ulp., *h. t.*, 10; Mod., *Collat.*, X, 2, 3. *D.*, XXVII, 3, 1 pr. n'exige du tuteur que la diligence qu'il apporte à ses propres affaires.

(6) Cic., *2ª in Verr.*, I, 41, 106; Ulp., *Vat. fr.*, 155. Depuis Marc-Aurèle, la responsabilité du tuteur commence dès qu'il est informé de sa nomination ou, s'il a des excuses à faire valoir, à l'expiration du délai fixé pour les invoquer. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 1, 1. Elle est sanctionnée par une action de tutelle utile. Ulp., *D.*, XLVI, 6, 4, 3.

(7) Ulp., *D.*, XXVI, 7, 7 pr.

(8) Arcad., *C. Th.*, III, 30, 6.

(9) *C.*, V, 51, 13, 1. Julien avait condamné cette exception (*h. t.*, 5, 7,)

(10) *Nov.*, 72, c. 4. Cf. C. civ., 451.

Anciennement, le tuteur devait vendre les biens du pupille, sauf les fonds ruraux ou suburbains et les esclaves attachés à l'exploitation ; il y était obligé en qualité d'administrateur, nonobstant toute clause contraire insérée dans le testament qui lui avait conféré la tutelle (1); un bon père de famille ne doit pas garder de valeurs improductives (2). Mais cette règle était parfois contraire à l'intérêt du pupille : au début du IVe siècle, le placement des capitaux n'était ni sûr, ni facile; le pupille courait le risque de perdre sa fortune. En 326, Constantin décida que le tuteur ne pourrait aliéner aucun bien sans justifier d'une raison sérieuse et sans un décret du magistrat. Mieux vaut, dit-on, sacrifier les intérêts que le capital. Exception fut faite pour les meubles sujets à dépérissement comme les vêtements, et pour les animaux dont on n'avait pas besoin (3).

En 396, la règle reçut un tempérament nécessaire : si la fortune du pupille est médiocre et exclusivement mobilière, on achète de bons immeubles ruraux si c'est possible, sinon les capitaux sont placés pour subvenir aux besoins du pupille à l'aide des intérêts. Si le pupille a des immeubles dont les revenus suffisent à son entretien, l'or, l'argent, les meubles non sujets à dépérir doivent être déposés en lieu sûr après inventaire et en présence du magistrat, des décurions, du *defensor civitatis* et des greffiers publics. Pour prévenir toute fraude, chacun de ces personnages appose son cachet sur les objets déposés (4).

b) *Pouvoirs du tuteur.* — Le tuteur a des pouvoirs étendus, en qualité d'administrateur : il est *domini loco* (5). Tout acte accompli par lui de bonne foi est valable, à moins qu'il n'entraîne une lésion pour le pupille. La jurisprudence a étendu au pupille la protection promise par l'Édit au mineur de 25 ans : l'acte qui lui est préjudiciable peut être rescindé par l'*in integrum restitutio* (6). Est nul, et non pas seulement rescindable, l'acte fait de mauvaise foi (7).

Par exception, le tuteur doit obtenir l'autorisation du magistrat : *a)* pour les actes de pure libéralité (8); *b)* pour la fixation de la somme destinée à l'entretien du pupille (9); *c)* en vertu d'un Sc. de S. Sévère, pour l'aliénation des biens ruraux ou suburbains provenant de l'héri-

(1) ULP., *D.*, XXVI, 7, 5, 9.
(2) En attendant de trouver un bon placement, le tuteur devait déposer les fonds en lieu sûr. ULP., *D.*, XXVI, 10, 3, 16. Cf. KARLOWA, II, 1190; LENEL, II, 35.
(3) *C.*, V, 37, 22.
(4) *C. Th.*, III, 30, 6 (Orient). Cette loi a été remaniée dans *C.*, V, 37, 24. Supprimant la distinction si raisonnable faite par Arcadius pour l'emploi des capitaux, Justinien prescrit des mesures contradictoires : les capitaux doivent toujours être mis en lieu sûr, et par conséquent rester improductifs ; mais en même temps ils doivent servir à acheter un bon immeuble ou être placés à intérêts.
(5) JUL., *D.*, XLVII, 2, 57, 4; ULP., *D.*, L, 17, 157 pr. ; XLIII, 24, 11, 7; PAUL., *D.*, XXVI, 7, 27. Les classiques invoquent cette idée pour justifier le droit reconnu au tuteur d'exercer l'action *furti* ou de transiger avec le voleur. Cf. pour l'époque antérieure, Ed. CUQ, *Ancien droit*, 97, n. 6.
(6) SCÆV., *D.*, IV, 4, 49 pr. ; MOD., *cod.*, 27 pr. Cf. SOLAZZI, *BDR.*, 1915, p. 296.
(7) PAUL., *D.*, XXVI, 7, 12, 1.
(8) Cette restriction n'existait pas au temps de Labéon (ULP., *D.*, XXVII, 3, 1, 4-5), ni au milieu du Ier siècle : *C. I. L.*, X, 84. Elle est mentionnée par Julien : ULP., *cod.*, 1, 2; cf. PAUL., *D.*, XXVI, 7, 22; 46, 7.
(9) ULP., *D.*, XXVII, 2, 2, 1-2.

age paternel (1). L'autorisation n'est donnée que si elle paraît nécessaire pour payer les dettes de la succession (2). La sanction du Sc. est la nullité de l'aliénation. Justinien a limité à 5 ans, à dater de la puberté, le droit de demander cette nullité (3).

Le décret du magistrat n'est pas exigé si l'aliénation a été autorisée par le testament du père ou par un codicille; ou bien si, en cas d'indivision, elle est provoquée par un communiste.

Justinien interdit aux débiteurs des pupilles de payer entre les mains du tuteur sans un décret du magistrat. Exception est faite pour les revenus, loyers ou intérêts que le tuteur peut recevoir comme par le passé. Le décret met le débiteur à l'abri de toute réclamation ultérieure, même en cas de lésion (4).

c) Comptes de tutelle. — A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre les biens confiés à sa loyauté (5). Le tuteur qui détourne une chose ou une valeur déterminée (6) au préjudice du pupille est, d'après la loi des Douze Tables, passible d'une action délictuelle (7) qui entraîne la peine du double : c'est l'action que les classiques appellent *rationibus distrahendis* (8).

Cette action pénale devint insuffisante : la tutelle faisait souvent naître des rapports complexes entre le tuteur et le pupille. On prit l'habitude de confier à un arbitre le soin de fixer les devoirs réciproques qui incombaient à chacun d'eux, le montant des déboursés faits par le tuteur et des sommes reçues pour le compte du pupille. Cet usage ne tarda pas à devenir obligatoire : l'*arbitrium tutelæ* (9) fut traité comme une action de bonne foi (10). Le juge a des pouvoirs analogues à ceux d'un arbitre (11). Il peut tenir compte des avances

(1) 13 juin 195 : Ulp., *D.*, XXVII, 9, 1, 1-2. Cf. *D.*, XXVI, 10, 3, 15. Cette restriction, qui avait son analogue dans certains édits provinciaux (Gaius, *D.*, VI, 2, 13, 2), fut édictée pour Rome et la région soumise à la juridiction du Préteur urbain, puis étendue aux provinces. (Val., Gall., *C.*, V, 71, 5),

(2) Ulp., *D.*, XXVII, 9, 5, 14 et 15. Cf. Gaius, *D.*, XXVI, 7, 13, 1.

(3) *C.*, V, 73, 3, 1.

(4) *C.*, V, 37, 25; 27. Il en est autrement pour les aliénations : Diocl., *C.*, V, 71, 11.

(5) Gell., V, 19.

(6) D'après Cic., *De or.*, I, 36, le demandeur peut perdre son procès pour *plus petitio*.

(7) Jul., *D.*, XXVII, 4, 2. C'est une action pénale, intransmissible contre les héritiers du tuteur. Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 23. La création de cette action fut nécessaire pour les *res nec mancipi* que l'ex-pupille ne pouvait revendiquer puisqu'il n'en avait pas la propriété quiritaire; il ne pouvait non plus exercer l'action *furti :* le tuteur n'avait pas appréhendé frauduleusement les biens qu'il était chargé d'administrer.

(8) Tryph., *D.*, XXVI, 7, 55, 1. La condamnation est calculée d'après la valeur vénale de la chose; on ne tient pas compte de la valeur subjective. A l'époque classique, le caractère délictuel a été atténué : l'action est *rei persecutoria* pour le *simplum*. Ulp., *D.*, XXVII. 3, 1, 20.

(9) Mentionné par Q. Mucius (Cic., *De off.*, III, 17).

(10) Sab., ap. Paul., *D.*, XVII, 2, 38 pr. ; Gaius, IV, 62, 182.

(11) Cette action existait au début du viiie siècle de Rome (Table d'Héraclée, l. 111). Dans un papyrus de l'an 14 a. C. (*P. Berlin*, 1113), un ex-pupille, qui avait deux tuteurs testamentaires nommés conformément à la loi romaine, déclare les libérer de toute responsabilité en raison de leur gestion, reconnaît qu'ils lui ont restitué tous les biens laissés par son père, prend à sa charge les obligations qu'ils ont contractées pour son compte et promet de leur rembourser leurs avances évaluées à 1000 drachmes. Cf. Costa, *Mem. Acad. di Bologna*, 1909, III, 107.

faites par le tuteur pour les besoins de l'administration, considérer le pupille comme obligé, bien que le tuteur ne puisse être *auctor in rem suam*.

Lorsque la balance des comptes est en faveur du pupille, la créance qui en résulte contre le tuteur est *privilégiée* : en cas d'insolvabilité du tuteur, le pupille est payé avant tout autre créancier chirographaire. Il a, en outre, un recours contre les cautions, lorsque le tuteur a fourni la satisdation *rem pupilli salvam fore*. Constantin lui a accordé une hypothèque tacite sur les biens du tuteur (1).

Si, au contraire, la balance des comptes est en faveur du tuteur, le juge de l'action de tutelle ne peut, à moins d'une autorisation spéciale, condamner le pupille. Le tuteur, poursuivi par l'action de tutelle (2), doit exiger l'insertion dans la formule d'une clause permettant au juge de condamner, le cas échéant, le pupille. Cette clause donne à l'action de tutelle le caractère d'un *contrarium judicium* (3).

Ce régime était encore imparfait : si le juge refusait de compenser les sommes dues par le tuteur avec les avances qu'il avait faites, ou si l'ex-pupille ne demandait pas ses comptes parce qu'il savait que les avances du tuteur étaient supérieures aux recettes, le tuteur était frustré. Il n'avait que la ressource d'exercer une action de gestion d'affaires utile pour se faire indemniser de ses impenses ou de ses engagements (4). Il ne pouvait forcer l'ex-pupille à régler ses comptes avec lui et à le libérer de sa gestion. Il y avait là une cause de préjudice pour le tuteur, qui était tenu de payer les intérêts des sommes dont il était reliquataire. Dioclétien lui fournit le moyen de se prémunir contre ce dommage : si, après des sommations répétées, l'ex-pupille refuse par chicane de régler ses comptes ou même s'il cherche à retarder le règlement, le tuteur déclare au magistrat sa volonté de se libérer. Cette déclaration, enregistrée dans les actes publics, suspend le cours des intérêts et donne au tuteur et à ses héritiers toute sécurité (5).

Justinien fusionna l'action utile donnée au tuteur avec le *contrarium*

(1) PAUL., *D.*, XXVII, 3, 22; HERM., *cod.*, 25; *C.*, V, 71, 20.
(2) Ou même par l'action *de rat. distrah.* JUL., *D.*, XXVII, 4, 2.
(3) Cette clause était usitée au temps de Cicéron (*de off.*, III, 17, 70) dans les actions de bonne foi : *In his magni esse judicis statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.* GAIUS, IV, 178, 180, indique le trait caractéristique du *contrarium judicium* : *Omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit.* PAP., in *C.*, VII, 45, 14, signale ce pouvoir donné au juge, non seulement d'absoudre le défendeur, mais aussi de condamner le demandeur *si e contrario obnoxius fuerit inventus*.
(4) GAIUS, *D.*, XLIV, 7, 5, 1, atteste l'existence d'une action donnée au tuteur. D'après ULP., *D.*, XXVII, 4, 1 pr., ce serait l'action *contraria tutelae*, qui aurait été proposée par l'Édit. Mais PARTSCH (*Studien zur Negotiorum gestio*, 1913, I, 49) a démontré que ce texte a été interpolé : 1° l'action dont parlait Ulpien n'est pas une action édictale; elle est seulement donnée par la jurisprudence (*dandam placet*, 1, 8) par analogie avec l'action *neg. gest.*, pour encourager le tuteur à administrer (1 pr.); 2° l'action contraire de tutelle n'était pas connue avant Justinien : elle n'est pas citée dans le *liber de actionibus* (ZACHARIAE, *Sav. Z.*, XIV, 88) qui, cependant, mentionne les actions contraires *mandati* et *neg. gest.*; 3° elle est inconciliable avec DIOCL., *C.*, V, 56, 4, qui constate l'impossibilité pour le tuteur de forcer l'ex-pupille à recevoir des comptes.
(5) DIOCL., *l. c.* PAP., *D.*, XXII, 1, 1, 3 : la dernière phrase, qui est en contradiction avec la première, est une addition des compilateurs.

judicium (1) : il en fit une action spéciale, l'action *tutelæ contraria*, qui permit au tuteur, non seulement de se faire indemniser de ses avances, mais aussi d'obtenir le règlement de ses comptes avec le pupille.

D'après un Sc. du règne de Trajan, le pupille a une action *subsidiaire* contre les magistrats municipaux qui ont proposé au magistrat supérieur un tuteur insolvable ou agréé des cautions insolvables (2).

d) *Postulatio* et *remotio suspecti*. — Le tuteur en charge peut être poursuivi en justice comme suspect. Il peut aussi être exclu par le magistrat pour la même cause. La *postulatio* et la *remotio suspecti* sont deux actes distincts, autorisés l'un par la loi des Douze Tables, l'autre par l'Édit (3).

La *postulatio suspecti* peut être exercée lorsque le tuteur a commis un dol ou, depuis Justinien, une négligence (4). D'abord admise contre les tuteurs testamentaires, puis contre les tuteurs datifs ou légitimes et contre le patron, elle tend à faire déclarer que le tuteur est suspect. Elle est de la compétence du Préteur à Rome, du gouverneur dans les provinces. Cette compétence, fondée sur la loi, fut pendant longtemps strictement personnelle. Au IIIe siècle, on la considère comme rentrant dans l'*imperium* du magistrat : elle peut être déléguée (5). La *postulatio suspecti* est une action quasi-publique : elle appartient plus spécialement aux parents, cognats ou alliés, au co-tuteur, à l'affranchi paternel, et même aux femmes (mère, grand'mère, sœur, nourrice) (6).

Sont écartés comme suspects par le magistrat les tuteurs qui ont été déclarés tels à la suite d'une *postulatio* (7). Le magistrat a également le *jus removendi* contre le tuteur qui a commis une négligence grave, qui a refusé de fournir caution ou de faire inventaire et, en général, lorsqu'il y a une juste cause (8); dans ces derniers cas, le magistrat n'a pas besoin d'attendre que le tuteur soit entré en charge.

Le *jus removendi* a été peu à peu généralisé et appliqué à des cas de gestion dolosive, où l'on avait recours anciennement à la *postulatio* : vente des fonds ruraux ou suburbains sans un décret du magistrat, refus de pourvoir aux besoins du pupille, de déposer en lieu sûr l'argent disponible en attendant une occasion d'en faire emploi (9).

(1) La fusion est attestée par la rubrique de *D.*, XXVII, 4 : *de contraria tutelæ et utili actione*.

(2) *C.*, V, 75, 5. D'après un fragment d'Ulpien, publié par Lenel (*Sav. Z.*, XXIV, 418), cette action est donnée après enquête même contre les héritiers du magistrat. Elle ne l'est jamais contre les magistrats qui ont personnellement le droit de nommer les tuteurs. Ulp., *D.*, XXVII, 8, 1, 1. Le nom de subsidiaire est une invention des compilateurs : il ne se trouve que dans *Inst.*, I, 24, 2; Théoph., *eod.*; *D.*, XXVII, 8, 1 pr.; il n'est pas dans le fragment d'Ulpien de Strasbourg, 11. Cf. Brugi, *Mélanges Girard*, I, 143. *Annuario di Catania*, XIII, 57.

(3) Ulp., *D.*, XXVI, 18, 1, 2; 3, 5. Cf. Lenel, E. P.², 308; *Sav. Z.*, XXXV, 182; Solazzi, *La minora età*, 259; Taubenschlag, 27.

(4) *Ibid*, 3, 17, où le mot *inconsideranter* paraît interpolé. Sur Tryph., *D.*, XXVII, 2, 6, cf. Taubenschlag, p. 53.

(5) Ulp., *D.*, XXVI, 10, 1, 3-5.

(6) *Ibid.*, 1, 6-7; 3 pr., 1; 3, 5; 7, 1; Gord., *C.*, V, 42, 6, 3.

(7) *Inst.*, I, 26, 5. D'après Julien le tuteur peut être exclu avant d'avoir commencé à gérer. Cf. *D.*, XXVI, 10, 7, 3. Alex., *C.*, V, 43, 3 (relatif à la *postulatio*).

(8) Valer., Gall., *C.*, V, 42, 2; Ulp., *D.*, XXVI, 10, 3, 12 et 16.

(9) *Ibid.*, 3, 13, 14 et 16.

L'exclusion du tuteur suspect est prononcée par un décret motivé; elle entraîne l'infamie. En outre, s'il y a des malversations trop graves, le tuteur est déféré au préfet de la ville, qui peut infliger une peine corporelle (1).

§ 2. **Curatelle de l'impubère.** — Pour faciliter l'administration de la tutelle, on adjoint parfois un curateur au tuteur, ou bien on nomme un curateur à la place du tuteur.

L'adjonction d'un curateur fut d'abord admise lorsque le tuteur est empêché par la maladie ou la vieillesse (2), puis lorsque le testateur a nommé un insolvable (3). On l'a ensuite autorisée dans quelques autres cas, par exemple en cas d'accroissement des biens du pupille, ou lorsque le tuteur est trop pauvre (4).

Un curateur est nommé à la place d'un tuteur lorsque le tuteur est absent pour le service de l'État, condamné à la relégation, en état de folie. Il en est de même sous Justinien dans tous les cas d'absence; lorsque le tuteur est impubère, ce qui peut arriver pour la tutelle du patron; lorsque le tuteur a interjeté appel contre sa nomination et pendant la durée du procès (5). Il y a aussi des cas où l'on peut nommer indifféremment un curateur ou un tuteur lorsque le pupille n'a pas de tuteur : c'est le résultat du rapprochement qui s'est fait entre les deux institutions (6).

§ 3. **Protutelle.** — Les biens du pupille sont parfois administrés, sciemment ou non, par une personne qui n'est pas tutrice, mais qui agit dans l'intérêt de l'enfant (7). Il y aurait eu de graves inconvénients à tenir pour non avenus les actes faits sans dol par ce protuteur : il aurait fallu imposer aux tiers la preuve qu'ils ont traité avec le véritable tuteur (8). Mais le protuteur qui, par erreur, a fait fonction de tuteur, est tenu, dès qu'il découvre son erreur, d'avertir les parents ou amis du pupille pour qu'ils fassent nommer un tuteur.

Le protuteur est, à certains égards, assimilé au tuteur : il doit apporter à l'administration la même diligence, payer les intérêts des sommes qu'il a touchées (9), rendre ses comptes. Ces obligations sont sanctionnées par une action de gestion d'affaires (10) utile (11). De son

(1) *Ibid.*, 4, 1 et 2; 1, 8; 2.

(2) Cette curatelle n'apparaît pas avant le IIe siècle : Cels., *D.*, XXVI, 5, 11; Pomp., *D.*, XXVI, 1, 13 pr.

(3) Paul., II, 29, 1.

(4) Ulp., *D.*, XXVI, 7, 9, 8; Gord., *C.*, V, 43, 6. Cf. Mod., *D.*, XXVI, 10, 9; Alex., *C.*, V, 62, 11.

(5) Paul., *D.*, XXVI, 5, 15; Ulp., *D.*, XLVI, 3, 14, 3; *Vat. fr.*, 184. Les textes suivants ont été interpolés : Tryph., *D.*, XXVII, 2, 6; Mod., *D.*, XXVII, 1, 10, 7; XLIX, 1, 17, 1.

(6) D'après des textes interpolés, Ulp., *D.*, XXVI, 7, 9, 9; XXXVIII, 17, 2, 44. Cf. Taubenschlag, *op. cit.*, 64.

(7) Jav., *h. t.*, [*D.*, XXVII, 5], 3; Ulp., *eod.*, 1, 1.

(8) Par exception la vente, consentie par le protuteur, n'est pas opposable au pupille tant que l'usucapion n'est pas achevée. Ulp., *eod.*, 1 pr.; 1, 3; 5; Pomp., *eod.*, 4; Cels., *eod.*, 2.

(9) Pomp., *D.*, XXVII, 5, 4; Ulp., *eod.*, 7, 8. Le protuteur n'a pas l'action *furti*, bien qu'il soit responsable des objets volés, mais il peut demander la cession de l'action. Paul., *D.*, XLVII, 2, 54, 3.

(10) Paul., I, 4, 8; Pap., *D.*, III, 5, 30, 5; Sev., *C.*, V, 28, 1; Philip., V, 34, 4.

(11) *Basil.*, XXXVIII, 5, 1. On traite de même le tuteur testamentaire lorsqu'il a

côté, le protuteur peut se faire tenir compte de ses avances grâce au *contrarium judicium* (1). Justinien a substitué à l'action de gestion d'affaires utile une action spéciale, l'action *protutelæ* (2).

IV. Tutelle des femmes.

La tutelle des femmes était, à l'origine, fondée sur plusieurs raisons : la femme n'a pas la force physique suffisante pour défendre sa propriété contre les tiers qui voudraient la lui ravir; elle n'a pas l'expérience nécessaire pour accomplir les solennités des actes juridiques, sans courir le risque d'être trompée; on veut l'empêcher de porter atteinte au principe de la conservation des biens dans la famille agnatique, en aliénant ses biens les plus précieux *(res mancipi)*.

Cette dernière raison est secondaire, car si l'on avait entendu sauvegarder le droit des agnats à la succession *ab* intestat de la femme, on n'aurait pas exclu la tutelle agnatique en présence d'une tutelle testamentaire; on n'aurait pas maintenu la femme en tutelle lorsqu'elle n'a plus d'agnats. La raison principale a été de protéger la femme lorsqu'elle prend part à un de ces actes solennels qui exigent pour leur accomplissement une prudence particulière. On a allégué la légèreté de leur esprit, et l'on a craint qu'elles ne soient déçues par les tiers avec qui elles contractent (3).

L'*auctoritas* est nécessaire pour exercer une action de la loi et, plus tard, pour figurer dans un *judicium legitimum*; pour contracter une obligation, et plus généralement pour accomplir un *actus legitimus* (mancipation, adition d'hérédité, acceptilation, affranchissement, *dotis dictio* (4). Mais la femme peut aliéner seule ses *res nec mancipi ;* exercer un *judicium imperio continens*, constituer un mandataire judiciaire (*procurator*), faire un prêt, recevoir un payement et même, d'après les Proculiens, aliéner la possession d'une *res mancipi* (5). Elle est enfin capable d'administrer son patrimoine (6).

Les raisons sur lesquelles était fondée la tutelle des femmes ont perdu

fait des actes de gestion pour un posthume mort en naissant. CALLISTR., *h. t.*, 29; PAUL, *D.*, XXVII, 3, 24 : *Utilis in eum actio dabitur.*

(1) ULP., *h. t.*, 5.

(2) Cette innovation a été réalisée par voie d'interpolation dans ULP., *h. t.*, 1 pr. Les compilateurs attribuent au Préteur la création de l'action *protutelæ*, mais les classiques ne connaissent que l'action *neg. gest.* Cf. PETERS, *Sav. Z.*, XXXII, 243; PARTSCH, *op. cit.*, 64. Cf. LENEL, EP[3], § 126.

(3) GAIUS, I, 190. On a objecté que, d'après les Douze Tables, l'usucapion des *res mancipi* d'une femme est interdite lorsqu'elle est sous la tutelle de ses agnats, à moins que la chose n'ait été livrée par la femme avec l'*auctoritas* de son tuteur (GAIUS, II, 47). Mais cette règle vient sans doute de ce que la loi se défie du zèle des agnats à défendre les intérêts de la femme, alors qu'ils ne sont pas chargés de l'administration des biens. C'est pour la même raison qu'elle préfère le tuteur testamentaire au tuteur agnatique. Au IIe siècle, on admit l'usucapion d'une *res mancipi* achetée sciemment sans l'*auctoritas* du tuteur, pourvu que le prix ait été payé. Julien (*Vat. fr.*, 1) invoque une *constitutio Rutiliana* dont on ignore la teneur.

(4) GAIUS, I, 176, 17, 8, 184: II, 47, 80; ULP., XI, 27. L'*auctoritas* est nécessaire pour le testament (GAIUS, II, 118), pour le mariage *cum manu.* (CIC., *p. Flacc.*, 34.)

(5) GAIUS, II, 80, 81, 83, 85; III, 171; *Vat. fr.*, 1, 325, 327.

(6) GAIUS, I, 190, 191; ULP., XI, 25. Si elle est mineure de 25 ans, elle peut demander un curateur (PAP., *D.*, XXVI, 5, 13, 1; *Vat. fr.*, 110). La femme folle ou prodigue reçoit aussi un curateur. PAP., *D.*, XXVII, 10, 14; PAUL., 15 pr.

successivement leur valeur : l'action en revendication a cessé d'avoir lieu dans la forme d'un combat réel ou simulé ; le droit a sanctionné des actes non formels par des actions de bonne foi ; le régime de la propriété familiale a fait place au régime de la propriété individuelle. On ne s'étonnera pas que la tutelle des femmes soit tombée de bonne heure en discrédit.

Dès le temps de Plaute et de Caton, les femmes avaient une situation assez indépendante : l'obligation d'obtenir le concours d'un tuteur leur paraissait insupportable. On ne pouvait cependant supprimer une institution qui restait fort utile pour protéger la femme contre l'erreur, le dol ou la violence. Les Prudents imaginèrent divers expédients pour en atténuer la rigueur, ou pour dispenser les tuteurs légitimes d'exercer en personne un droit sans intérêt pour eux depuis qu'on avait abandonné le principe de la conservation des biens dans la famille.

1. *Tutoris optio.* — C'est une faveur réservée à la femme mariée *cum manu* qui devient *sui juris* à la mort de son mari ; celui-ci peut lui léguer la faculté de choisir son tuteur et d'en changer aussi souvent qu'il lui plaira *(optio plena)*, ou seulement une ou plusieurs fois *(optio angusta)* (1). Ces tuteurs, au lieu de remplir auprès de la femme le rôle de conseil, se prêtaient à tous ses caprices.

2. *Coemptio* fiduciaire. — Cet expédient permet à la femme de changer de tuteur. Le tuteur qui désapprouve un acte projeté par elle, et ne veut pas la mettre, par un refus, dans l'impossibilité de l'accomplir, l'autorise à se manciper à une personne qui la remancipera à un tiers. Ce tiers, choisi par la femme, s'engage par une clause de fiducie à l'affranchir immédiatement ; sa promesse une fois remplie, il est traité comme une sorte de patron : il devient tuteur fiduciaire. Mais, n'ayant pas d'intérêt personnel à sauvegarder, il sera prêt à autoriser tous les actes proposés par la femme (2).

3. Contrainte exercée sur le tuteur. — Le magistrat oblige souvent le tuteur à prêter son concours à la femme. Mais vis-à-vis du patron ou du père émancipateur, il s'abstient, à moins de cause grave (3).

4. Cession de la tutelle. — Le tuteur légitime d'une femme peut céder à un tiers de son choix l'exercice de la tutelle. C'est un moyen de s'exonérer d'une charge qui lui est imposée par la loi, tant que la femme est vivante et *sui juris* (4). Cette faculté est refusée aux autres tuteurs. La cession, qui a lieu par *in jure cessio*, ne porte aucune atteinte au droit du cédant : s'il meurt ou subit une *capitis deminutio*, le cessionnaire perd l'exercice de la tutelle ; si le cessionnaire meurt ou subit une *c. d.*, le cédant reprend l'exercice de la tutelle. Cet usage a disparu avec la tutelle légitime des femmes.

Sous l'Empire, les lois caducaires exemptèrent de la tutelle les femmes ingénues qui ont 3 enfants, les affranchies qui en ont 4 (5).

(1) Gaius, I, 150-154.
(2) *Ibid.*, I, 114, 115 ; Cic., *p. Mur.*, 12.
(3) Gaius, I, 190.
(4) *Ibid.*, I, 168-172 ; Ulp., XI, 8 ; Fr. Sinai, 18.
(5) Cette règle a été appliquée en Égypte (*P. Oxy.* X, 1277, 2, de l'an 255). Mais

La loi Claudia a aboli la tutelle légitime des agnats. La jurisprudence a limité les cas où l'intervention du tuteur est nécessaire : la tutelle des femmes, dit Gaius, n'a guère conservé sa valeur que pour l'affranchie ou la fille émancipée; ce sont les seuls cas où l'on ne puisse recourir à l'expédient d'une tutelle fiduciaire (1). Dans les autres cas, l'*auctoritas* du tuteur n'est pas toujours une simple formalité. D'après un papyrus de l'an 168, un mari pérégrin promet une indemnité au tuteur de sa femme citoyenne romaine, parce que, grâce à lui, elle a reçu un payement valable. Le tuteur a été ici nommé pour un acte déterminé (2).

La tutelle des femmes n'est pas entièrement tombée en désuétude au Bas-Empire : on en trouve la trace même après Justinien (3).

V. Extinction de la tutelle.

La tutelle des femmes est perpétuelle : elle s'éteint à la mort de la femme ou du chef du tuteur.

La tutelle des impubères est temporaire : elle prend fin lorsque le pupille atteint l'âge de la puberté, lorsqu'il meurt, ou perd la liberté ou la cité. Elle prend fin également du chef du tuteur : s'il meurt, perd la liberté ou la cité, s'il est écarté comme suspect. Lorsqu'un tuteur légitime subit une *capitis deminutio minima*, le changement de famille lui fait perdre la qualité d'agnat ou de *gentilis* qui motivait sa vocation à la tutelle. Il n'en est pas de même pour le tuteur testamentaire, qui tient son droit du testament et qui a été choisi en considération de sa personne : il a la faculté de se démettre de ses fonctions (4).

CHAPITRE IX

Les personnes en curatelle.

La curatelle a pour objet de prendre soin des biens d'une personne pubère *sui juris*, qui n'a pas la lucidité ou la fermeté d'esprit nécessaire pour la bonne administration de son patrimoine. Elle fut créée pour les fous et les prodigues. Elle a été étendue de bonne heure aux mineurs de 25 ans. Elle a reçu dans la suite quelques autres applications (5).

le tuteur est souvent rémplacé par un assistant (συνεστώς : *P. Oxy.* 1273, 2, de l'an 260).

(1) Gaius, I, 192.

(2) *P. Lond.*, II, n° 470; cf. un exemple de l'an 247 (p. 207,8). Gaius, III, 171.

(3) On a prétendu qu'elle a disparu en 410. Cette opinion repose sur une fausse interprétation de *C. Th.*, VIII, 17, 3. Théodose II n'a pas concédé le *jus liberorum* à toutes les femmes : il a seulement dispensé les conjoints, le mari aussi bien que la femme, de demander ce privilège pour être capables de disposer entre eux à cause de mort; il a supprimé les restrictions établies par les lois décimaires. Cf. Ed. Cuq, v° *Liberorum jus* (*Dict. Antiq.*, III, 1198). Justinien semble avoir donné une portée générale à la décision de Théodose (*C.*, VIII, 59, 1 ; *Nov.*, 78, c. 5), et cependant, 30 ans plus tard, il est fait allusion à la tutelle des femmes dans un papyrus d'Antinoé, de l'an 569 (*P. Caire*, 67023).

(4) *Abdicare :* Ulp., XI, 17. Cf. Mitteis, *Chrest.*, 16).

(5) Aux muets, sourds, infirmes, *fatui*, on donne des curateurs *quasi debilibus vel prodigis* (*D.*, XLII, 5, 9, 1). Cf. *Inst.*, I, 23, 4; *D.*, *h. t.*, [XXVII, 10], 7, 1-2.

I. Les fous.

§ 1er. Condition juridique. — La folie est caractérisée par un état permanent de fureur, de démence ou d'imbécillité : c'est, dit Cicéron (1), un aveuglement complet de l'esprit. Cette définition convient au *mente captus* aussi bien qu'au *furiosus;* elle ne s'applique pas à l'insensé (*insanus*), dont les facultés ne sont pas bien équilibrées.

Appréciée au point de vue moderne la législation romaine en cette matière est assez imparfaite. Les fous ne sont pas, comme aujourd'hui (C. civ., 489), placés en état d'interdiction : ils conservent leur capacité juridique, mais, comme ils ne peuvent en user (2) tant qu'ils sont privés de raison, on leur donne un curateur. L'inconvénient de ce système consiste à attribuer au fou qui a des intervalles lucides une capacité intermittente (3). On entrevoit la possibilité de surprises pour les tiers qui traiteront avec l'aliéné, de discussions sur le point de savoir s'il était ou non capable lorsque l'acte a été conclu. Peut-être l'inconvénient était-il moins appréciable à Rome en raison soit des mesures prises pour l'internement de l'aliéné, soit de l'intimité existant entre gens d'un même quartier et par suite de la facilité pour les tiers de s'informer de l'état de l'aliéné. Si l'on avait redouté des abus, on n'eût pas hésité à appliquer aux fous la règle suivie pour les prodigues et à leur retirer l'administration de leurs biens. Le seul point qui ait, à notre connaissance, donné lieu à des difficultés, est celui de savoir si le curateur conservait ses fonctions pendant les intervalles lucides (4). Justinien a décidé que la curatelle serait suspendue.

§ 2. Rôle du curateur. — Le curateur a une double mission à remplir : 1° prendre soin de la personne de l'aliéné, améliorer son état

(1) *Tusc.*, III, 5; Fest., v° *Mente captus*; Hor., *Sat.*, II, 3, 220.
(2) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 12; Jul., *D.*, XXIX, 7, 2 3.
(3) Diocl., *C.*, IV, 38, 2. D'après Justinien (*C.*, V, 4, 25), le droit classique distinguait entre le *furiosus* qui a des intervalles lucides et le *mente captus* qui n'en a pas. On discutait, dit il, si le fils d'un *furiosus* pouvait se marier sans le consentement de son père. Ulpien invoquait pour l'affirmative un rescrit de Marc-Aurèle qui autorisait le mariage des enfants d'un *mente captus* quel que fût leur sexe. D'autres appliquaient ce rescrit aux filles et non aux fils. Justinien donna au rescrit la portée la plus large (*Inst.*, I, 10 pr.); mais il semble croire qu'on discutait aussi sur le point de savoir si ce qui était dit du *mente captus* devait s'entendre du *furiosus*. Rien ne confirme cette manière de voir. Les mots *furiosus*, *demens*, *mente captus*, sont employés comme synonymes dans un grand nombre de textes. — M. Audibert (*Études sur l'histoire du droit romain*, 1892, p. 15, 53) est d'avis que les progrès de la science médicale ont conduit les Romains à distinguer le *furiosus* qui est entièrement privé de raison et le *demens* ou *mente captus* qui n'en est privé que partiellement. Celui-ci serait l'individu poursuivi par une idée fixe, le monomane. Le Préteur aurait tenu compte de cette distinction : tandis que le *furiosus* était pourvu d'un curateur légitime, le *demens* aurait eu un curateur datif; l'incapacité du *demens* serait moins absolue que celle du *furiosus* : elle n'existerait que dans la mesure où il n'avait pas l'usage de ses facultés. Les textes juridiques, invoqués à l'appui de cette distinction, ne sont pas décisifs : *Inst.*, I, 23, 4, rapproche, dit-on, le *mente captus* et le sourd et les oppose au *furiosus*. Mais Ulpien (*D.*, XXVI, 5, 8, 3) fait le même rapprochement entre le sourd et le *furiosus*. Il n'y a donc pas, à l'époque classique, de raison suffisante pour soutenir que le *demens* n'était pas pourvu d'une curatelle légitime lorsque ses agnats étaient capables d'en remplir les fonctions. Cf. Solazzi, *Arch. giur.*, 1923, p. 80; Lenel, *BDR.*, XXXIII; Bonfante, *Corso*, I, 478.
(4) Just., *C.*, V, 70, 6; Ulp., *h. t.*, 1. Cf. de Francisci, *BDR.*, XXX, 154.

s'il est possible, et, s'il y a lieu, l'enfermer ou l'enchaîner pour l'empêcher de nuire à autrui (1); 2° prendre soin du patrimoine. Il fait lui-même les actes nécessaires, ou les fait faire par un esclave de l'aliéné. Dans le premier cas, il est dans une situation analogue à celle d'un gérant d'affaires : les obligations réciproques qui résultent de la gestion sont sanctionnées par les actions *negotiorum gestorum* (2). Dans le second cas, les effets de l'acte se produisent directement au profit ou à la charge de l'aliéné (3). Quant aux actions en justice, elles sont données au curateur ou contre lui au moyen d'une formule à transposition de personnes (4). Justinien a autorisé le curateur à faire un acte étranger au rôle d'administrateur : si une succession avantageuse est déférée à l'aliéné, le curateur est tenu de demander la *bonorum possessio* (5).

Le curateur a le pouvoir d'aliéner : comme le tuteur de l'impubère, il est *domini loco*. Au IIIe siècle, ce pouvoir a été restreint, quant aux fonds ruraux ou suburbains, par interprétation du Sc. de Sévère (6).

§ 3. **Curateur légitime et curateur honoraire.** — La loi des Douze Tables a consacré le droit des agnats de prendre en main les intérêts du fou (7). Mais la curatelle légitime des agnats a été progressivement écartée : l'agnat le plus proche n'était pas toujours en état de remplir ses fonctions. A l'époque classique, la curatelle est confiée par le magistrat, sur la requête des parents (8), à la personne désignée par le testament du père de l'aliéné (9); à défaut, à l'agnat le plus proche après une enquête sur ses aptitudes; sinon, à la personne que le magistrat juge convenable (10). Le curateur, choisi par le magistrat, est un curateur honoraire; l'agnat, agréé par lui, reste curateur légitime. Cette distinction a disparu sous Justinien : l'agnat appelé par la loi, devant être agréé par le magistrat, est un curateur honoraire. Il en est de même du curateur désigné dans le testament du père et qui doit être confirmé sans enquête (11).

La curatelle du fou est devenue une charge publique, soumise au contrôle de l'Etat (12). Les règles sur les excuses (13), les causes de destitution de tutelle (14), la caution à fournir par le tuteur nommé sur enquête, ont été appliquées à la curatelle (15).

(1) Cic., *Tusc.*, II, 21. Jul., *D.*, XXVII, 10, 7 pr.; Mod., *D.*, XLVIII, 9, 9, 2. Celse, *de Medicina*, III, 8.
(2) Ulp., *D.*, III, 5, 3, 10. Sur la question de savoir si ces actions sont directes ou utiles, cf. Partsch, *Studien zur* negotiorum gestio, I, 35, 70. Lenel, *Sav. Z.*, 35, 209.
(3) Lab., ap. Ulp., *D.*, XV, 4, 1, 9; Marcel, *D.*, XXIX, 2, 63.
(4) Gaius, IV, 82, 86.
(5) *C.*, V, 70, 7, 8. La question avait été discutée par les classiques. Pap., *D.*, XXXVII, 3, 1; Proc., *D.*, XXXI, 48, 1; Gaius, *D.*, XXVI, 8, 12.
(6) Ulp., *D.*, XXVII, 9, 11.
(7) A défaut d'agnats viennent les *gentiles*. Paul., *D.*, L, 16, 53 pr.
(8) Arg. Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 31.
(9) Tryph., *D.*, XXVII, 10, 16 pr.
(10) Ulp., XII, 13; Gaius, *D.*, XXVII, 10, 13.
(11) *C.*, V, 70, 7, 5-6.
(12) Herm., *D.*, L, 4, 1, 4; Ulp., *D.*, XXVII, 10, 6; Tryph., *eod.*, 16, 1.
(13) Gaius, I, 200; *Inst.*, I, 23, 1; 25, 1; Sev., Carab., *C.*, V, 69, 1.
(14) Jul., *D.*, XXVII, 10, 7, 1-2; Ulp., *D.*, XXVI, 10, 3, 2; Gord., *C.*, V, 43, 6.
(15) Jul., *loc cit.*; Ulp., *D.*, XLVI, 6, 4, 8 (interpolé)

Sous Justinien, tout curateur doit comparaître devant le préfet de la ville ou le gouverneur de la province, en présence de l'évêque et de trois décurions, puis jurer, la main sur les livres saints, qu'il conformera ses actes aux intérêts du fou. Il doit faire un inventaire par acte public et fournir caution, à moins qu'il n'ait une fortune suffisante ou qu'il n'ait été désigné par le testament du père (1).

II. Les prodigues.

La notion de la prodigalité a varié suivant les époques. Anciennement le prodigue est celui qui dissipe follement les biens de famille qu'il a recueillis ab intestat en qualité d'héritier domestique (2). Ce sont les seuls que la loi protège et dont elle veut assurer la conservation. C'est une conséquence du régime de la propriété familiale. Le chef de famille reste libre de dissiper les biens acquis par son travail ou en vertu d'un testament. Cette distinction a disparu à l'époque classique : la notion de la prodigalité s'est élargie.

Est prodigue le citoyen pubère *sui juris* qui dissipe follement (3) son patrimoine. On ne recherche plus la provenance des biens. L'incapacité dont le prodigue est frappé a pour cause, non plus le principe de la conservation des biens patrimoniaux dans la famille, mais des raisons d'intérêt public et privé : *a)* il est d'intérêt public qu'un citoyen ne fasse pas un mauvais usage de sa fortune ; il y a lieu de craindre qu'une fois ruiné, il ne soit une cause de trouble pour l'ordre social (4) ; *b)* l'équité commande de venir au secours du prodigue, qui se conduit, quant à l'administration de ses biens, comme un insensé (5). Dès lors sont pourvus d'un curateur pour cause de prodigalité non plus seulement les ingénus, mais aussi les affranchis, les enfants émancipés, les enfants nés hors mariage, les femmes (6). Celles-ci, il est vrai, étaient en tutelle, mais leur tuteur restait étranger à l'administration de leurs biens.

L'incapacité du prodigue est judiciaire, partielle, continue, en quoi elle diffère de celle du fou qui est naturelle, totale, intermittente (lorsque le fou a des intervalles lucides).

D'après une coutume consacrée par les Douze Tables, le prodigue est interdit (7). Cette interdiction, prononcée par le magistrat, entraîne une double déchéance (8). Le décret retire au prodigue : 1° la garde de ses

(1) C., V, 70, 7, 6. Pour une *nobilis persona* habitant Constantinople, on exige la convocation du sénat.

(2) PAUL., III, 4ᵃ, 7 : *Bona paterna avitaque*. ULP., XII, 3.

(3) PAUL., *eod.* : *Nequitia disperdere*. GELL., VII, 11 : *Nequitiam appellavit luxum vitæ prodigum effusumque*.

(4) ULP., *D.*, XXVII, 10, 1 pr. GAIUS, I, 53. QUINT., *Decl.*, 240.

(5) ANT. P., ap. ULP., *D.*, XXVI, 5, 12, 2.

(6) ULP., XII, 3 ; PAUL, *D.*, XXVII, 10, 15 pr. Ni les uns ni les autres n'avaient de biens patrimoniaux ; les femmes pouvaient en avoir, mais leurs biens n'étaient pas destinés à passer à leurs enfants.

(7) CIC., *De senect.*, 7, 22 ; ULP., XII, 2 ; *D.*, XXVII, 10, 1 pr. Cf. sur ce texte MITTEIS, *Ber. d. Sachs. Ges. d. Wiss.*, 1910, LXII, 264.

(8) Cf. C. civ. 513. La formule du décret a été conservée par Paul (*loc. cit.*) : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*. Sur la publicité donnée

biens qui sont confiés à un curateur; 2° le *commercium*, ce qui le met hors d'état de conclure un acte juridique de disposition. Il est donc incapable d'aliéner par mancipation et de tester; il ne peut pas non plus figurer comme témoin dans un acte *per æs et libram* (1). Lorsque la notion du *commercium* a été élargie et appliquée aux contrats, le prodigue a été pareillement incapable de contracter.

L'incapacité du prodigue est partielle : 1° il peut faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure (2). La jurisprudence jugea excessif de lui refuser une capacité reconnue au pupille sorti de l'*infantia*. Mais il reste incapable de faire les actes qui rendent sa condition pire (3). Il ne pouvait être question de traiter sous ce rapport le prodigue comme un pupille et de l'autoriser à faire ces actes avec l'assentiment du curateur : le rôle d'un curateur est d'administrer; 2° le prodigue peut faire une adition d'hérédité. Malgré les charges qu'elle peut entraîner, on n'avait pas à craindre qu'il acceptât une hérédité mauvaise pour satisfaire ses passions (4).

L'incapacité du prodigue est continue. Créée par le décret du magistrat, elle ne prend fin que par un décret de mainlevée de l'interdiction. Un texte déclare, il est vrai, que le prodigue, comme le fou, cesse *ipso jure* d'être en curatelle lorsque sa conduite s'est régularisée (5). Mais il est difficile de croire que l'on ait admis un critérium aussi incertain : le contrôle de l'État aurait fait défaut au moment où il aurait été le plus utile pour prévenir toute contestation (6).

La curatelle du prodigue est soumise aux mêmes règles que celle du fou, soit pour la nomination (7), soit pour les pouvoirs d'administra-

à ce décret d'après l'usage grec, Plaut., *Pseud.*, 505; *Merc.*, 49 : *Conclamitare tota urbe et prædicere omnes tenerent mutuianti credere. P. Florence*, 99 (Ier ou IIe siècle). Cf Pfaff, *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, 1911.

(1) Ulp., XX, 13; *D.*, XXVIII, 1, 18 pr.; Paul, III, 4a, 12.

(2) Pomp., *D.*, XLVI, 2, 3; Ulp., *D.*, XLV, 1, 6.

(3) Diocl., *C.*, II, 21, 3 : *Hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui a Prætore curatore dato bonis interdictum est.*

(4) Ulp., *D.*, XXIX, 2, 5, 1. Cf. Labbé, sur Ortolan, II, 715.

(5) Ulp., *D.*, XXVII, 10, 1 pr. Ce texte a été interpolé. Cf. Kalb, *Das Juristenlatein*[2], 79; Mitteis, *Bericht*, LXII, 265. On a aussi invoqué Paul, III, 4a, 12; mais ce texte moins catégorique n'exclut pas le décret du magistrat,

(6) Les difficultés que soulèvent les textes sur la prodigalité (suppression *ipso jure* d'une déchéance prononcée par décret; assimilation au pupille quant à la capacité de rendre sa condition meilleure; différence avec le pupille quant à la faculté de faire adition ou de s'obliger naturellement, Ulp., *D.*, XLV, 1, 6; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XLVI, 1, 24) ont déterminé Ubbelohde, *Grünhuts Zeits.*, 1877, p. 521; Audibert, *Etudes*, I, 132; Karlowa, II, 1194, à soutenir qu'il y eut à Rome des régimes distincts appliqués à deux classes de prodigues : 1° Ceux qui sont interdits en vertu des Douze Tables pour avoir dissipé les biens qu'ils ont recueillis *ab* intestat de leur père; 2° tous autres prodigues. Ceux-ci ne sont pas interdits : ils n'encourent aucune déchéance; mais le Préteur leur nomme un curateur comme aux fous, et cela seul les rend incapables. Les premiers seraient désignés par l'expression *is cui bonis lege interdictum est*, les seconds par l'expression *is cui bonis interdictum est.* Malgré le talent déployé pour justifier cette distinction, on admettra difficilement qu'une personne qualifiée *is cui bonis interdictum est* ne soit pas un interdit. Cf. Appleton, *Rev. gén.*, XVII, 136, 232; H. Krueger, *Sav. Z.*, XIII, 260.

(7) Curatelle légitime; curatelle honoraire, comprenant le curateur désigné par le testament paternel et confirmé par le magistrat. Tryph., *D.*, XXVII, 10, 16, 1. — On peut choisir pour curateur le fils du prodigue, si sa conduite offre toute garantie (Ulp., *eod.*, 1, 1); il doit être majeur de 25 ans (*Inst.*, I, 25, 13).

tion du curateur. Les obligations réciproques qui en résultent sont également sanctionnées par les actions *negotiorum gestorum*.

III. Les mineurs de 25 ans.

§ 1er. **La loi Plætoria et la curatelle des mineurs.** — Aux premiers siècles, les personnes *sui juris* devenaient pleinement capables dès qu'elles atteignaient l'âge de la puberté. Ce principe n'avait guère d'inconvénients chez un peuple d'agriculteurs, à une époque où l'on avait peu d'occasions de contracter, où les actes juridiques exigeaient la présence de témoins solennels ou du magistrat. Lorsque les rapports juridiques commencèrent à se développer, on sanctionna des formes d'actes plus simples comme celles de la stipulation et de l'*expensilatio*, ou même des actes sans formes comme le *mutuum*. Ces actes, qui pouvaient se conclure sans témoins, étaient dangereux pour les personnes qui n'étaient pas en état d'apprécier une formule captieuse. Les usuriers ne se firent aucun scrupule de les employer pour circonvenir les jeunes Romains, maîtres de leur fortune. Le législateur résolut de mettre un terme à cet abus. Vers le milieu du VIe siècle (1), une loi Plætoria vint protéger les jeunes gens contre leur inexpérience. Elle fixa à 25 ans la limite de sa protection, c'est-à-dire l'âge à partir duquel tout citoyen *sui juris* est présumé avoir la maturité d'esprit requise pour contracter (2). On distingua dès lors les mineurs et les majeurs de 25 ans. Les pubères mineurs de 25 ans purent seuls invoquer la loi Plætoria.

Le mode de protection organisé par cette loi diffère de celui du droit moderne : la capacité du mineur reste entière, mais la loi punit ceux qui abusent de son inexpérience. Le délit prévu par la loi est désigné par le mot *circumscriptio;* il comprend tout acte destiné à tromper le mineur sur les conséquences de l'affaire qu'il conclut (3).

La loi avait pour sanction une peine, vraisemblablement pécuniaire et assez forte pour qu'on en redoutât l'application (4). Dans la suite, la condamnation entraîna, comme peines accessoires, l'infamie prétorienne et l'exclusion du décurionat (5). D'après Cicéron, l'action donnée en vertu de la loi Plætoria est un *judicium publicum rei privatæ* (6). Si l'on s'en tient à la signification ordinaire des mots, ce

(1) La loi Plætoria (ou Lætoria) que Plaute appelle *lex quinavicenaria* fut rendue peu de temps avant la composition du *Rudens* (V, 3, 24) et du *Pseudolus*, qui datent de 562 ou 563.

(2) Aux IIe et IIIe siècles de notre ère, les 25 ans doivent être révolus. L'*ætas legitima* se calcule *a momento ad momentum* (Ulp., *D.*, IV, 4, 3, 3) et non comme d'ordinaire *de die ad diem*. (Ed. Cuq, *Rev. d'Assyriologie*, VII, 86.) Au temps de Claude, on était moins rigoureux : le mineur n'était plus protégé dès qu'il atteignait l'âge de 24 ans, conformément à la règle *annus cœptus pro impleto habetur*. (*P. Berlin*, I, 611. Cf. *N. R. H.*, XXII, 687.)

(3) Cic., *De off.*, III, 15, 61 ; *p. Cluent.*, 16, 46. Paul., *D.*, XLIV, 1, 7, 1.

(4) Suet., ap. Prisc., *Ill. gr.*, VIII, 21 : *Lætoria quæ vetat minorem XXV annis stipulari.* Dans Plaut., *Pseud.*, I, 3, 69, un jeune débauché se plaint amèrement de la loi des 25 ans ; il ne trouve plus à emprunter : *Perii, an non tum lex me perdit quinavicenaria ; metuunt credere omnes.*

(5) *C. I. L.*, I, 206, l. 111. L'action de la loi Plætoria est citée dans la loi Julia à côté d'actions qui, d'après Gaius (IV, 182), sont infamantes.

(6) Cic., *De natur. deor.*, III, 30, 74.

serait une action criminelle exceptionnellement autorisée dans une affaire relative à un intérêt privé; mais alors le mineur qui a souffert du dol n'obtiendrait aucune réparation. Le *judicium publicum* est vraisemblablement une action populaire (1) que tout citoyen peut exercer si le mineur ne l'intente pas lui-même. Un papyrus confirme cette manière de voir : il atteste que l'action de la loi Plætoria est une action noxale (2), donc une action privée servant à réprimer un délit (3). Elle devait être exercée au plus tard dans l'année qui suit la majorité (4).

D'après Capitolin, la loi Plætoria contenait une autre disposition : elle autorise le Préteur à nommer au mineur un curateur, mais seulement pour des causes déterminées (5). La nomination n'a pas lieu d'office : le mineur doit adresser une demande au magistrat. Aucun texte n'indique quelle était la fonction de ce curateur, mais il n'y a pas de raison de croire qu'elle différait de celle des autres curateurs : il administrait les biens du mineur. On a cependant prétendu que le curateur était chargé de conseiller le mineur, de lui donner, s'il le jugeait utile, son consentement lorsqu'il avait une affaire à conclure (6). Il n'y a pas eu, dit-on, avant Marc-Aurèle, de curateur permanent; il n'y avait que des curateurs spéciaux dont la mission prenait fin après la conclusion de l'acte pour lequel on les avait nommés. Mais la fonction qu'on attribue au curateur est sans exemple sous la République; et l'on admettra difficilement qu'un acte sans forme, comme le *consensus*, ait été consacré par la loi à une époque où le droit était formaliste. Les curateurs spéciaux des mineurs n'apparaissent qu'au Bas-Empire.

A l'époque classique, le curateur aide le mineur dans l'administration des biens, comme le ferait un mandataire. L'intervention du magistrat est une garantie soit pour le mineur qui n'est pas en état de choisir un mandataire capable, soit pour le curateur qui ne sera pas accusé d'avoir circonvenu le mineur. C'est une question discutée de savoir si, dès cette époque, la curatelle était considérée comme une charge publique. Le doute vient de ce que les textes qui s'y rapportent sont suspects d'interpolation (7).

(1) Ulpien (*D.*, XXVI, 10, 1, 6) appelle également *quasi publica* une autre action populaire : la *postulatio suspecti* (p. 218, 6). Cf. Duquesne, *MC.*, I, 235.

(2) *P. Vienne* (Girard, *Textes*, 457). Paul, *h. t.*, [*D.*, IV, 4], 24, 3.

(3) Elle est classée parmi les actions privées, dans la table d'Héraclée. — Certains auteurs pensent que la *circumscriptio* donne lieu à une double action : une action privée, intentée par le mineur; une action publique, que tout citoyen peut exercer. L'action privée serait une action en répétition, une *condictio*. (Karlowa, II, 307; Girard, 239). Mais on ne voit pas comment une action en répétition aurait un caractère pénal : les *condictiones* sont données *ex æquo et bono*.

(4) Ulp., *h. t.*, 19. Ce *legitimum tempus* fut aussi appliqué à l'exercice de l'*in integrum restitutio*, promise par l'Edit.

(5) *Vita M. Antonini*, 10 : *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Le mot *omnes* n'est pas exact, car, à la fin du IIIe siècle, il y avait encore des mineurs sans curateur (Diocl., *C.*, II, 21, 3).

(6) Tel serait le sens des mots *non redditis causis* dans le texte qui précède. Mais c'est là une interprétation peu naturelle. Capitolin dit que, depuis Marc-Aurèle, le seul fait d'être mineur de 25 ans suffit pour obtenir un curateur, de même qu'il suffit de prouver la folie ou la prodigalité; donc, auparavant, il fallait invoquer des raisons particulières qui peut-être étaient énumérées dans la loi. (Arg. Gaius, I, 198.) Cf. Pernice, I, 328; Audibert, *N. R. H.*, XX, 475.

(7) Cf. Lenel, *Sav. Z.*, XXXV, 129.

§ 2. **L'édit du Préteur.** — Vers la fin de la République (1), le Préteur, jugeant insuffisante la protection organisée par la loi Plætoria, vint au secours du mineur en promettant de lui accorder, après enquête, l'*in integrum restitutio*. Cette voie de recours fut ouverte contre toute espèce d'acte conclu par le mineur avec un tiers; on l'étendit au cas de déclaration unilatérale ou d'omission (2). Elle a pour résultat d'empêcher l'acte ou l'omission de produire ses effets juridiques. Pour obtenir la restitution, plusieurs conditions sont requises : *a)* Que le mineur ait été trompé sur les conséquences de son acte (*deceptus in re*) (3). On n'exige pas qu'il ait été circonvenu (4) : il suffit qu'il ait agi à la légère. Mais il faut qu'il soit victime de son inexpérience et non d'un cas fortuit, ni d'un fait qui aurait eu les mêmes conséquences pour un majeur; à plus forte raison qu'il n'ait commis ni dol ni délit (5).

b) Que le mineur ait subi une lésion. Cette lésion peut consister en un appauvrissement (*damnum emergens*) ou en un manque d'acquérir (*lucrum cessans*) (6) : elle doit avoir une certaine importance (*de minimis non curat Prætor*) : une règle contraire serait la ruine du crédit du mineur (7).

c) Que le mineur ne puisse invoquer aucune autre voie de recours équivalente. L'*in integrum restitutio* a un caractère subsidiaire : c'est un secours exceptionnel accordé par le magistrat; mais il suffit qu'elle soit plus avantageuse pour qu'on ait le droit de la demander (8).

d) Que la demande soit formée dans le délai d'un an utile à partir de la majorité. Ce délai a été porté par Justinien à 4 années continues (9).

Lorsque le mineur avait contracté un engagement, l'*in integrum restitutio* n'était pas nécessaire : le Préteur refusait au créancier l'action du contrat, ou bien accordait au mineur une exception pour écarter la poursuite dirigée contre lui (10).

§ 3. **Les rescrits impériaux.** — La protection accordée aux mineurs par l'édit était très efficace, mais quelle que fût la réserve mise par le magistrat dans la concession de ce bénéfice, les tiers devaient être peu disposés à traiter avec le mineur. La menace d'une rescision, l'incertitude qui se prolongeait pendant le délai accordé pour demander l'*in integrum restitutio*, devaient les en détourner. Marc-Aurèle généralisa l'usage des curateurs : il permit aux mineurs des deux sexes de demander un curateur sans les obliger à motiver leur requête. Cette mesure présentait, pour les femmes, une utilité particulière à une épo-

(1) L'édit est connu d'Ofilius et de Labéon (ULP., *h. t.*, 16, 1).
(2) ULP., *eod.*, 1, 1 : 7 pr. *Innumeræ auctoritates*, ap. HON., ARC., *C.*, II, 21, 8.
(3) ULP., 1 pr. : *Adversus captiones opitulationem*.
(4) DIOCL., *C.*, II, 21, 5 pr ; ULP., *h. t.* 44. PAUL., *eod.*, 24, 1.
(5) MARCEL., ap. ULP., *h. t.*, 11, 4-5. ULP., 9, 2.
(6) ULP., 7, 9 (répudiation d'une hérédité); 7, 6 : *Hodie certo jure utimur*.
(7) ULP., 9 pr. ; 49 ; DIOCL., *C.*, II, 28, 1 ; PAUL., *h. t.*, 24, 1. [illegible]
(8) ULP., *h. t.*, 16 pr. ; DIOCL., *C.*, II, 25, 3 et 5. *P. Oxy.* 1020 contient un rescrit de Sévère et Caracalla accordant une *in integrum restitutio ob ætatem et ob dolum*.
(9) *C.*, II, 53, 7 pr.
(10) Cette exception est mentionnée par PAUL., *D.*, XLIV, 1, 7, 1.

que où le tuteur donnait souvent pour la forme son *auctoritas* (1).

Le rescrit de Marc-Aurèle n'a en rien modifié la capacité des mineurs, mais il a, en fait, amélioré la situation de ceux qui avaient un curateur en encourageant les tiers à traiter soit avec le curateur (2), soit avec le mineur d'accord avec son curateur. Si l'*in integrum restitutio* reste possible (3), elle n'est guère à craindre lorsque le curateur se comporte en bon administrateur : sa présence est, pour les tiers, une sérieuse garantie. Le mineur a intérêt à demander un curateur (4). Il n'est pas, d'ailleurs, obligé, à cette époque, de le garder jusqu'à 25 ans : il peut reprendre l'administration lorsqu'il se juge en état de bien gérer sa fortune (5).

On a cependant prétendu que, dans trois cas, les tiers sont autorisés à demander aux magistrats de nommer un curateur afin de se garantir contre une restitution éventuelle du mineur : pour payer une dette (6), rendre un compte de tutelle (7), soutenir un procès (8). Mais les textes cités à l'appui sont interpolés : les règles qu'ils contiennent sont en contradiction avec le droit classique; elles expriment le droit du Bas-Empire, alors que le mineur était partiellement incapable.

Les règles du droit classique sur la condition des mineurs ont été modifiées dans leur application aux provinces de civilisation hellénique. Dans ces régions, il était d'usage de nommer d'office aux mineurs un curateur. Cet usage a été maintenu sous la domination romaine (9). La curatelle était comme le prolongement de la tutelle (10).

(1) Scæv., *D.*, XXVI, 7, 59; Paul, *eod.*, 43, 1; Pap., *D.*, XXVI, 5, 13, 2; *Vat. fr.*, 110. Un Sc. de Marc-Aurèle et Commode défend au curateur d'épouser la femme dont il administre les biens : Paul, *D.*, XXIII, 2, 66 pr. Callistr., *eod.*, 64 pr. Cf. Savigny, *Verm. Schr.*, II, 388.

(2) Paul., *D.*, XXVI, 7, 46 pr.

(3) Alex., *C.*, II, 25, 2; Diocl., *eod.*, 3.

(4) Pap., *D.*, XXVI, 5, 13, 2 : *minoribus desiderantibus.* La demande ne peut être faite par un tiers : Mod., *D.*, XXVI, 6, 2, 5. Alex., *C.*, V, 31, 6.

(5) Pap., *D.*, XXVI, 7, 39, 18. Mod., *D.*, XXXIV, 3, 20, 1 : *Quæstionem curatoribus meis nemo faciat, rem enim ipse tractavi.*

(6) Ulp. *h. t.*, 7, 2, indique une précaution à prendre lorsque le mineur a un curateur *(curatoribus... si sunt)*. Le débiteur peut exiger que le payement soit fait devant le curateur, sinon il déposera l'argent dans le trésor d'un temple. Ulpien ajoute que, d'après une constitution, le débiteur peut forcer le mineur à demander un curateur : dans ce cas, dit-il, le débiteur est en sécurité, même si le magistrat a refusé de nommer le curateur et autorisé le payement direct au mineur. Le mineur n'est donc pas, comme le pupille, incapable de recevoir un payement. Paul., *D.*, XL, 4, 53, prouve qu'un payement ne peut être valablement fait au curateur sans la présence du mineur. Il n'en est plus ainsi sous Justinien (*C.*, V, 37, 25), et l'on a interpolé Marcel., *D.*, XLVI, 3, 68.

(7) Gord., *C.*, V, 31, 7, contient une règle applicable aux provinces grecques. Le nom grec du destinataire le prouve. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 5, 5, dit simplement que le tuteur a le devoir d'avertir le pupille devenu pubère qu'il doit demander un curateur : la nomination du curateur n'est pas une condition de validité de la reddition des comptes.

(8) Carac., *C.*, V, 31, 1, a trait aux provinces grecques (v. le nom du destinataire du rescrit). Un *curator in litem* est mentionné dans Serv., ap. Ulp., *D.*, XXVII, 1, 3, 4. Ce texte a été interpolé : au temps de Servius on nommait au pupille en procès avec son tuteur, non pas un curateur, mais un tuteur *ad hoc.*

(9) D'après un édit du préfet d'Egypte de l'an 287, les magistrats locaux doivent nommer un curateur aux mineurs qui n'en ont pas. *P. Oxy.*, 888.

(10) Gaius, *Epitome*, I, 8; Callist., *D.*, XXVI, 7, 33, 1. Cf. Partsch, *op. cit.*, 72

Le mineur était frappé d'une incapacité partielle (1). Cette conception a prévalu sous Justinien (2).

On pourrait objecter qu'elle est consacrée par des textes classiques qui ne sont guère suspects d'interpolation. Mais ces textes concernent uniquement la curatelle des femmes (3) : on refuse à la femme la capacité d'ester en justice (4), on lui nomme d'office un curateur (5), en tenant compte de la désignation faite par son père (6). Cette curatelle paraît n'être autre chose que la tutelle des pays de culture hellénique, où elle avait conservé sa valeur, alors qu'à Rome elle avait cessé d'être prise au sérieux dans les cas où elle n'avait pas été supprimée. Les Romains ont respecté cette tutelle à la mode grecque (7), mais ils l'ont qualifiée curatelle. Il devait leur répugner d'appeler tuteur celui qui, contrairement à l'usage romain, administrait les biens de la femme. L'identification de cette curatelle de la femme avec la tutelle grecque est confirmée par divers textes qui désignent le curateur de la femme par l'expression κύριος καὶ φροντιστής (tuteur et curateur) (8), et qui prennent soin de dire que la femme ne peut s'y soustraire en invoquant le *jus liberorum* (9).

§ 4. **La condition du mineur au Bas-Empire.** — Au Bas-Empire, la condition juridique du mineur de 25 ans a subi une transformation profonde : à l'exemple des pays de culture hellénique, on le considère comme partiellement incapable jusqu'à 25 ans (10). De même que le pupille, il peut faire seul les actes qui rendent sa condition meilleure, mais il est incapable de la rendre pire. Les empereurs ont ici rapproché la curatelle de la tutelle (11); ils ont attribué au curateur une fonction nouvelle en dehors de son rôle d'administrateur : il est

(1) Cette manière de voir apparaît au milieu du IIIe siècle dans le discours que Dion Cassius (LII, 20) prête à Mécène. Elle n'était pas générale, car sous Dioclétien, il y a des mineurs qui n'ont pas de curateurs: *C.*, II, 21, 3.

(2) On trouve encore un vestige de la conception ancienne dans *Inst.*, I, 23, 2 : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt.* Cf. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 5, 5; *h. t.*, 7, 2.

(3) Paul., *D.*, XXIII, 2, 20; Scæv., *D.*, XXVI, 7, 39; Sev., *C.*, II, 30, 1; Val., Gall., *eod.*, 3. Cf. Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, 1912, p. 133.

(4) Gord., *C.*, V, 37, 12.

(5) Carac., *C.*, V, 60, 1 de l'an 213.

(6) *Vat. fr.*, 202 : *Curator a patre designatur.*

(7) Gaius, I, 193.

(8) Le Bas et Foucart, *Inscr. du Péloponèse*, 243*; Colin, *B. C. H.*, XXII, 132, n° 115; *P. Lond.*, II, 191, p. 264, de l'an 103 à 107.

(9) Carac., *C.*, III, 28, 12. Cf. Gaius, I, 194.

(10) Ulp., *h. t.*, 1, 3, a fait supposer que, dès le IIIe siècle, les mineurs étaient traités comme des incapables : *curatoris auxilio reguntur*. Ce passage a été interpolé, car d'après un texte qui nous est parvenu en dehors du Digeste (Ulp., *Reg.*, 12, 4), le Préteur ne nomme un curateur que si le mineur n'est pas en état de protéger efficacement ses intérêts.

(11) Ce rapprochement se manifeste dans la terminologie. Dans un édit *ad universos provinciales* (*C. Th.*, III, 30, 4), Constantin appelle les tuteurs et les curateurs *minorum defensores*; c'est la traduction du grec κηδεμόνες. Dans *C. Th.*, III, 30, 6, il qualifie *minor* le pupille aussi bien que le mineur de 25 ans. Dans *C. Th.*, III, 17, 3, Valentinien place sur la même ligne les *defensores justi* des *parvuli* et des *adulti*. La tutelle et la curatelle sont soumises à des règles communes quant à l'obligation de fournir caution (Wessely, *Lat. Schrifttafeln*, 14 : début du IVe siècle), quant aux excuses (Honor., *C. Th.*, III, 31, 1). Cf. Albertario, *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, 1912; Mitteis, *Sav. Z.*, XXXIII, 636.

appelé à donner son consentement aux actes qui endent pire la condition du mineur. Le *consensus* du curateur est un élément de la validité de l'acte, comme l'*auctoritas* en matière de tutelle (1). Le mineur, par exemple, ne peut engager un procès sans le consentement de son curateur (2). Au temps de Justinien, le curateur peut, à son choix, comme le tuteur, intenter l'action au nom du mineur ou le faire agir avec son consentement. Réciproquement les tiers qui ont un procès avec le mineur peuvent, s'il est présent, plaider soit contre le curateur, soit contre le mineur autorisé par le curateur. En cas d'absence du mineur, le procès doit être intenté contre le curateur (3).

La curatelle du mineur est, à cette époque, une charge publique comme les autres curatelles. On ne peut la décliner lorsqu'on ne peut invoquer une cause d'excuse (4). Cette charge est toujours conférée par le magistrat; mais, par une extension de la règle admise en droit classique pour les fous et les prodigues, le curateur désigné par le testament du père du mineur doit être confirmé par le magistrat sans enquête (5).

Le curateur a l'administration des biens du mineur avec le pouvoir d'aliéner (6). Il doit se conformer au sénatus-consulte de Sévère, pour l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains (7). Comme le tuteur, il doit fournir caution à son entrée en charge (8). Depuis Constantin, ses biens sont grevés d'une hypothèque tacite au profit du mineur (9).

§ 5. **Venia ætatis.** — Au IIIe siècle, le mineur pouvait obtenir du prince, avant l'âge de 25 ans, la *venia ætatis*. Elle avait pour effet de le priver du droit de solliciter l'*in integrum restitutio* (10). C'était

(1) Quelques textes parlent de l'*auctoritas curatoris* : MOD., *D.*, I, 7, 8; TER. CLEM., *D.*, XXIII, 3, 61 pr. On a reconnu depuis longtemps qu'ils ont été interpolés. Il en est de même de ULP., *D.*, XXXVI, 1, 1, 14 : si le mineur peut restituer le fidéicommis à son curateur, c'est qu'il est capable au temps d'Ulpien; sans quoi on le traiterait comme le pupille (*eod.*, 1, 13), et l'on dirait que le curateur ne peut être *auctor in rem suam*. Cf. SOLAZZI, p 8.

(2) La règle existait en 319 sous Constantin (*C.*, V, 34, 11), mais non sous Dioclétien : les mots *curatore consentiente* (*C.*, III, 6, 2) ne sont pas dans le texte original conservé dans *Vat. fr.*, 326.

(3) ULP., *D.*, XXVI, 7, 1, 3-4. Ce texte a été interpolé : au IIIe siècle, le curateur n'était pas forcé de prendre la défense du mineur absent. Le demandeur n'avait que la faculté de demander l'envoi en possession et la vente des biens de l'*indefensus* (ULP., *D.*, XLII, 5, 5). Les compilateurs ont pareillement interpolé ULP., *D.*, XXXVI, 4, 5, 20; PAUL., *D.*, XLII, 1, 54 pr. : ces textes visaient uniquement le curateur du fou ou du prodigue, comme le prouve PAUL., *D.*, XII, 2, 17, 2, qui n'a pas été remanié. Cf. SOLAZZI, p. 206, 226, 230. LENEL, *Sav. Z.*, XXXV, 197.

(4) HERM., *D.*, L, 4, 1, 4. *Inst.*, I, 23 pr.

(5) *D.*, XXVI, 3, 2, 1, a été interpolé. Neratius n'a pas pu écrire : « Curator a matre... datus filiis *ejus*. » Cf. SOLAZZI, p. 30-32, qui signale d'autres interpolations.

(6) Arg. HERM., *D.*, XXVI, 7, 48.

(7) Le Sc. ne parle que des pupilles. Les mots *et curatoribus* dans *D.*, XXVII, 9, 1, 2, ont été interpolés. L'extension du Sc. aux biens des mineurs est postérieure à Ulpien. C'est à cette occasion qu'a été créé le *Constantinianus prætor* (*C. Th.*, III, 32, 2; *C.*, V, 71, 18) qui remplace le Préteur urbain visé par Sévère. (p. 216, 1).

(8) ULP., *D.*, XLVI, 6, 4, 8 a été interpolé : *Ad omnes curatores... datos... sive dati sint* n'est pas latin. Cf. SOLAZZI, p. 141. LENEL, *loc. cit.*, 176.

(9) *C. Th.*, III, 30, 1; *C.*, V, 37, 20.

(10) AUREL., *C.*, II, 44, 1. D'après ULP., *h. t.*, 3 pr., Sévère et Caracalla *perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt*. Il ajoute : *eoque jure utimur*. Ce texte est manifestement interpolé : si l'empereur accorde très rarement aux mineurs l'administration de leurs biens, il est impossible de voir là autre

un moyen d'augmenter le crédit du mineur : les tiers traitaient avec lui d'autant plus volontiers qu'ils n'avaient plus à craindre la rescision des actes conclus avec le mineur.

Au Bas Empire, la *venia ætatis* a, en outre, pour effet de relever le mineur de son incapacité (1). C'est une institution réglementée par la loi, et non plus un privilège concédé par le prince. Constantin a déterminé les conditions sous lesquelles elle peut être accordée. Le mineur doit avoir 20 ans, la mineure 18 ans accomplis. Le requérant doit prouver par témoins, devant le magistrat, son honorabilité et son aptitude à gérer ses biens.

La *venia ætatis* laisse subsister la défense d'aliéner les fonds ruraux ou suburbains sans un décret du magistrat. Justinien a étendu cette défense à l'hypothèque et fixé le délai accordé au mineur devenu majeur pour demander la nullité de l'acte fait en contravention : 5 ans pour les actes à titre onéreux; 10 ans pour les donations entre présents; 20 ans pour les donations entre absents.

IV. Les curateurs aux biens.

La *cura bonorum* est très différente de la *cura personæ* dont il vient d'être parlé. Elle a été instituée pour veiller à la garde des biens dont le maître est insolvable, simplement conçu, mort, absent ou captif, ou qui ont été l'objet d'un envoi en possession. Le curateur aux biens n'est pas chargé de les administrer : il doit empêcher qu'on les dilapide et vendre ceux qui pourraient dépérir ou se détériorer (2).

Le curateur aux biens d'un insolvable est nommé par le magistrat d'accord avec la majorité des créanciers (3); il est choisi parmi les créanciers ou même parmi les tiers. On peut nommer plusieurs curateurs lorsque l'insolvable a des biens dans des régions différentes (4). La mission du curateur prend fin lorsque, sur la convocation du magistrat, les créanciers nomment un *magister bonorum* chargé de vendre les biens (5). Le curateur au ventre reste en fonctions jusqu'à la naissance de l'enfant; il est alors remplacé par un tuteur (6). Le curateur aux biens d'un mort est nommé lorsque l'hérédité n'est pas encore acceptée et qu'il y a urgence à payer les créanciers (7). En cas d'envoi en possession, le curateur aux biens est nommé par le Préteur (8). Le cura-

chose qu'une faveur; il ne peut être question d'un droit. D'autre part, à la fin du IIIe siècle, au temps d'Aurélien, la *venia ætatis* avait un effet différent de celui qu'Ulpien semble attribuer au rescrit. Les compilateurs ont cherché à mettre le texte d'Ulpien en harmonie avec le droit du Bas-Empire. Cf. SOLAZZI, p. 17.

(1) CONSTANTIN., *C.*, II, 44, 2; 3.

(2) HERM., *D.*, XXVI, 7, 48.

(3) Loi agraire de 643 : *C. I. L.*, I, 200, 57. ULP., *D.*, XLII, 7, 2 pr.

(4) ULP., *h. t.*, 2, 4; 2, 2. Le curateur désigné n'est pas en général forcé d'accepter. *Ibid.*, 2, 3.

(5) GAIUS, III, 79.

(6) ULP., *D.*, XLII, 5, 24 pr. Cette curatelle existait au temps de Cicéron. SERV., ap. ULP., *D.*, XXXVII, 9, 1, 24. Cf. C. civ. 393.

(7) ULP., *D.*, XXVII, 10, 3. POMP., XXVIII, 5, 23, 3. Un curateur est également nommé en cas de *bonorum collatio*, lorsque l'émancipé ne peut fournir la satisdation *rem salvam fore*. ULP., *D.*, XXXVII, 6, 1, 10.

(8) LAB., ap. ULP., *D.*, XLII, 4, 7, 10.

teur aux biens de l'absent n'a de raison d'être que si l'absent n'a pas chargé un mandataire d'administrer son patrimoine. Il n'en est pas de même pour le captif qui ne peut avoir de procurateur (1).

Les personnes qui ont reçu un curateur aux biens n'ont pas de privilège pour garantir, s'il y a lieu, leur créance contre le curateur (2). On n'a pas étendu à leur profit la faveur accordée aux pupilles et aux mineurs, aux fous, prodigues et assimilés.

(1) Ulp., *D.*, IV, 6, 15; XXVI, 1, 6, 4.
(2) Ulp., *D.*, XLII, 5, 22, 1; 24 pr. Cf. *eod.*, 19, 1; 20-22 pr.

LIVRE III

LE PATRIMOINE ET LES DROITS RÉELS

CHAPITRE PREMIER

Le patrimoine.

Anciennement le mot patrimoine désignait uniquement les biens croporels qu'un chef de famille avait recueillis dans la succession de son père et qu'il devait transmettre à ses enfants. Les créances n'y étaient pas comprises. A l'époque classique, le patrimoine est l'ensemble des droits appartenant à un chef de famille, quels qu'en soient la nature et le mode d'acquisition. Il comprend les droits de créance aussi bien que les droits réels. Il comprend aussi les dettes.

Les droits réels sont peu nombreux : la propriété *(dominium)* d'une part; d'autre part, les droits réels sur la chose d'autrui *(jura in re aliena)* (1) : servitudes, hypothèque, superficie, droit du fermier de l'*ager vectigalis,* emphytéose.

Les droits de créance sont extrêmement variés ; on a vu (p. 120) qu'ils peuvent avoir pour objet une dation, un fait ou une abstention.

Bien qu'il ne confère pas un droit direct sur une chose, le droit de créance n'en est pas moins, dès l'instant de sa formation, un élément du patrimoine du créancier : par cela même qu'il est garanti par la loi, il compte dans le patrimoine avant d'être réalisé. A l'inverse, les dettes diminuent le patrimoine du débiteur dès l'instant de leur formation : le débiteur étant juridiquement obligé à rendre un certain service, la valeur pécuniaire de ce service est réputée sortie de son patrimoine. Toutefois, l'idée de déduire le passif de l'actif n'apparaît qu'au Ier siècle (p. 100, 3; 778, 2); elle a été généralisée par Justinien (2).

Dès lors, comme en droit moderne, le patrimoine est l'ensemble des droits actifs et passifs susceptibles d'une évaluation pécuniaire et appartenant à une personne déterminée. Cet ensemble de droits peut

(1) Gaius, *D.*, XXXIX, 2, 19 pr.

(2) Jav., *D.*, XLIX, 14, 11. Elle avait été consacrée par l'Édit *de capite minutis* : le Préteur n'admet pas que l'adrogeant ou le mari acquière les biens de l'adrogé ou de la femme *in manu* sans être tenu des dettes. D'après Desserteaux, *NRH.*, XXXVI, 425; *M. C.*, I, 211; *Études*, III, 99, le texte de Javolenus a été interpolé.

varier quant à sa valeur ou quant à sa composition, mais il forme un seul tout. L'unité du patrimoine se manifeste à deux points de vue : d'abord, il est soumis à une seule et même personne ; puis tous les éléments qui le composent sont appréciés d'après leur valeur pécuniaire (1). Le patrimoine s'exprime par un chiffre : ce chiffre représente la différence entre la valeur de l'actif et le montant du passif.

On étudiera successivement les droits réels et les droits de créance ; mais auparavant on indiquera comment les Romains ont conçu la composition du patrimoine.

I. Composition du patrimoine.

Les Romains ont déterminé la composition du patrimoine, non pas d'après la nature des droits qu'il renferme, mais d'après leur objet. La classification qui en résulte est assez complexe, parce qu'on peut envisager les choses qui sont l'objet de nos droits à des points de vue très divers. Voici les principales divisions des choses.

1. *Res mancipi, nec mancipi.* — Les choses sont *mancipi* ou *nec mancipi* suivant qu'elles sont ou non susceptibles d'être acquises par mancipation. Sont *mancipi* les fonds de terre italiques, les maisons, les servitudes rurales, les esclaves, bœufs, chevaux, ânes, mulets, et, d'une manière générale, les bêtes de trait ou de somme, à l'exception des éléphants et des chameaux (2). Toute autre chose est *nec mancipi* et s'acquiert entre vifs par tradition ou par *in jure cessio* (3). Cette division remonte à une époque où les Romains ne connaissaient pas les éléphants et les chameaux, c'est-à-dire à la fin du ve ou au début du vi^e siècle (4). Elle a été supprimée par Justinien (5).

2. Choses corporelles, incorporelles. — La division des choses en corporelles et incorporelles est antérieure à Cicéron (6) : elle date d'une époque où la science du droit était en voie de formation ; elle n'a pas cette précision qui est propre aux grands jurisconsultes. Sont corporelles les choses qu'on peut percevoir à l'aide des sens *(quæ tangi possunt)*. Sont incorporelles celles qui ne tombent pas sous nos sens, que l'esprit seul peut concevoir. L'idée qui a inspiré cette division a été empruntée à la philosophie stoïcienne (7) : elle a pour but d'étendre la notion de chose. Au lieu de la restreindre aux choses qui sont dans la

(1) Paul., *D.*, L, 16, 5 pr.
(2) Ulp., XIX, 1 ; Gaius, II, 14-17.
(3) La division des *res mancipi* et *nec mancipi* paraît correspondre à la distinction antique de la *familia* et de la *pecunia*. Gaius (I, 192) dit en effet que les *res mancipi* sont considérées comme les plus précieuses ; ce sont par conséquent celles qui formaient l'élément stable du patrimoine et que l'on devait transmettre à ses enfants. Lorsque le régime de la propriété individuelle eut remplacé celui de la propriété familiale, il n'est plus resté de l'ancienne distinction que la règle exigeant l'emploi de la mancipation pour la transmission entre vifs des *res pretiosiores*.
(4) Sen., *brev. vitæ*, 13 ; Liv. XXXIII, 9. L'expression *prædia in Italico solo* est récente : elle a été substituée, après la guerre sociale, à celle de *prædia in agro romano*.
(5) *C.*, VII, 31, 1, 5. Cf. Collinet, *Etudes*, I, 232.
(6) Cic., *Top.*, 5, 26. Cf. Boeth., p. 312. Æl. Gall., ap. Fest., v° *Possessio* ; Sen., *Ep.*, 58, 11 et 14.
(7) Diog. Laert., VIII, 140. Cf. Scialoja, *Proprietà*, I, p. 21.

nature, on l'applique à des choses qui ne peuvent être saisies que par l'intelligence, à de pures abstractions. Cette conception forme le pendant de celle que l'on trouve dans le droit des personnes : à côté des personnes physiques, les personnes juridiques ; à côté des choses corporelles, les choses incorporelles. Mais l'application qu'on a faite de cette distinction est moins satisfaisante : comme exemple de choses corporelles, on cite un fonds de terre, un esclave ; comme exemple de choses incorporelles, l'hérédité, l'usufruit, les obligations, les servitudes. Cicéron ajoute l'usucapion, la tutelle, la gentilité, l'agnation (1).

Le vice de cette classification est évident : on range dans une même catégorie des faits générateurs de droit comme l'agnation, et des droits acquis, comme les servitudes. Puis, en classant certains droits acquis parmi les choses incorporelles, on donne à entendre que les autres sont des choses corporelles. Or, parmi ces droits dont on n'a pas parlé, figure le droit de propriété ; c'est même le seul qu'on ait oublié.

Cette classification a donc pour résultat de séparer le droit de propriété des autres droits, de le ranger parmi les choses corporelles, bien qu'il soit tout aussi incorporel que les servitudes. De là, on a conclu que les choses corporelles étaient seules susceptibles de possession et pouvaient seules s'acquérir par tradition ou par usucapion (2).

L'erreur commise vient de ce que, dans le langage usuel, on confond le droit de propriété avec son objet, tandis que pour désigner tout autre droit réel, on ne peut se dispenser d'en indiquer la nature. Les classiques ont respecté l'usage (3), sans en maintenir la conséquence : ils ont admis, à côté de la possession correspondant au droit de propriété, une possession correspondant aux servitudes, la quasi-possession (4). Ils les distinguent en disant que l'une est une *possessio rei*, l'autre une *possessio juris* (5). Dès lors la division des choses en corporelles et incorporelles aurait dû disparaître ; mais elle a pénétré si avant dans la langue juridique qu'elle est encore aujourd'hui implicitement contenue dans divers articles du Code civil (6).

Si la division des choses en corporelles et incorporelles prête à la critique par l'application qui en a été faite, on ne saurait trop apprécier la justesse et l'utilité des divisions suivantes.

3. CHOSES QUI SE PÈSENT, SE COMPTENT OU SE MESURENT ; CORPS CERTAINS. — Certaines choses s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure

(1) GAIUS, II, 12, 14 ; CIC., *loc. cit.* Cf. pour la tutelle, ULP., XIX, 11. Il faut y joindre la *militia* qui, au IIe siècle, peut être vendue ou léguée. CELS., *D.*, XXXI, 22 ; SCÆV., *D.*, XIX, 1, 52, 2 ; XXXII, 102, 2-3 ; XXXIV, 1, 18, 2 ; PAUL., *D.*, XXXI, 49, 1 ; ULP., *D.*, XXXII, 11, 16 ; IV, 4, 3, 7. Sur les fonctions désignées par le mot *militia*, voir les conjectures de MOMMSEN, VI, 2, 37.

(2) PAUL., *D.*, XLI, 2, 3 pr. ; GAIUS, II, 19 ; 28 ; *D.*, XLI, 3, 9.

(3) ULP., *D.*, XXX, 41 pr. ; V, 3, 18, 2.

(4) GAIUS, IV, 139.

(5) D'après CELS., *D.*, XLIII, 19, 7, pour avoir droit à l'interdit *de itinere*, il faut avoir possédé *jus fundi*. Il distingue (*D.*, V, 3, 18, 1) le *possessor rei* et le *juris velut possessor*.

(6) L'art. 526 range parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, tous les démembrements de la propriété : seul le droit de propriété est exclu. D'après l'art. 529, le droit de créance est mobilier lorsqu'il porte sur des effets mobiliers ; le Code ne parle pas du droit de propriété portant sur un meuble ; il a donc imité l'ancien droit romain en séparant le droit de propriété des autres droits.

(pièces de monnaie, vin, huile, laine, denrées de même qualité) : on les appelle aussi des *quantités*. D'autres s'apprécient d'après leur individualité (maison, tableau) : ce sont des *corps certains* (1). Dans les usages du commerce, les premières peuvent se remplacer les unes par les autres, chacune dans son espèce; elles ont individuellement la même valeur. Il n'en est pas de même des secondes : deux maisons ou deux tableaux ne sont pas équivalents. Telle est la règle générale; on peut y déroger : on peut envisager une pièce de monnaie dans son individualité, comme on peut vendre une terre à la mesure.

Cette division présente un intérêt pratique en matière de prêt, de commodat, de dépôt, de restitution de la dot.

4. *Genera, species.* — Tandis que la division précédente des choses est fondée sur leur nature et sur les usages du commerce, celle-ci dépend de la volonté des parties : elles peuvent à leur gré, en contractant, traiter une même chose comme un genre ou comme un corps certain, stipuler *un* esclave ou *tel* esclave (2). Lorsqu'on stipule une chose déterminée seulement dans son genre, on retarde jusqu'au payement l'individualisation de l'objet de l'obligation. Ce retard est parfois une manière de favoriser le débiteur; mais le débiteur a une chance à courir : si la chose qu'il se proposait de livrer périt par cas fortuit, les risques sont à sa charge : *genera non pereunt*. Au contraire, le débiteur d'un corps certain est libéré *interitu rei*. C'est là l'intérêt de cette division; elle est étrangère aux droits réels : ces droits ont nécessairement pour objet une *species*.

5. Choses qui se consomment ou non par le premier usage. — En général, les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, se consomment par le premier usage. Il en est de même des pièces de monnaie : bien qu'elles ne soient pas matériellement détruites, on ne peut en user sans les aliéner au profit d'autrui (3). Cette division ne se confond pas entièrement avec la première : il y a des choses que l'on vend au nombre, comme les exemplaires d'un livre, les moutons d'un troupeau, et qui ne se consomment pas par le premier usage. Intérêt pratique en matière d'usufruit : il n'y a pas d'usufruit possible sur les choses qui se consomment *primo usu* (4).

6. Choses principales, choses accessoires. — Il y a des choses qui servent immédiatement et par elles-mêmes aux besoins de l'homme; il en est qui ne rendent les mêmes services que par l'intermédiaire d'une autre chose ou par leur union à une autre chose; elles sont considérées comme l'accessoire d'une chose principale : les clefs d'une maison (5), les tuiles posées sur une toiture, la paille qui sert pour la litière des animaux. Ce sont des choses de minime valeur; elles ne sont accessoires que lorsqu'elles ont été affectées à l'usage de la chose princi-

(1) Gaius, III, 90. Pius ap. Ulp., *D.*, XXX, 34, 3; Pap., *eod.*, 34, 5. Cf. Jul., *D.*, XXIII, 4, 21.
(2) Jul., *D.*, XLV, 1, 54. Il en est de même dans le legs *per damnationem* : Ulp., *D.*, XXXIII, 5, 2, 1.
(3) Ulp., XXIV, 27; *D.*, VII, 5, 5 pr., 1.
(4) Cf. sur cette distinction, Jhering, *Œuvres choisies*, I, 284.
(5) Ulp., *D.*, XIX, 1, 17 pr.

pale (1). Intérêt pratique : les actes juridiques conclus pour la chose principale s'appliquent, sauf convention contraire, à la chose accessoire.

7. Choses simples, choses composées, *universitates facti*. — Cette classification des choses corporelles a été empruntée à la philosophie stoïcienne (2), mais la jurisprudence en a changé la signification et la portée. Une chose est simple lorsqu'elle forme un tout homogène, comme un esclave, une poutre, une pierre. Une chose est composée lorsqu'elle est formée de parties hétérogènes, mais adhérentes entre elles, comme une maison, un navire, une armoire. Enfin, une chose constitue une *universitas facti* lorsqu'elle est formée par la réunion de plusieurs choses qui restent distinctes, comme un troupeau (3). Intérêt pratique : si l'une des choses qui sont entrées dans la composition d'une autre appartient à un tiers, ce tiers ne pourra pas la revendiquer si la chose est adhérente au *corpus*; il en aura le droit s'il n'y a qu'une *universitas facti* (4).

8. Meubles et immeubles. — On appelle immeubles les choses qui tiennent au sol *(res soli)* et ne sont pas susceptibles d'être déplacées : un fonds de terre, une maison. Parmi les fonds de terre, on distingue les propriétés bâties, *prædia urbana*, et les propriétés non bâties, *prædia rustica*. Peu importe que la propriété bâtie soit située à la campagne : c'est toujours un *prædium urbanum*, ainsi que le jardin attenant à la maison (5). Toute autre chose corporelle est un meuble : animal, esclave, navire. La division des choses en meubles et immeubles est loin d'avoir l'importance qu'elle a chez nous ; elle n'est pas cependant dénuée d'intérêt pratique : *a)* l'usucapion a lieu par deux ans pour les immeubles, par un an pour les autres choses; *b)* les interdits *uti possidetis*, *unde vi*, *quod vi aut clam* sont spéciaux aux immeubles ; l'*utrubi* ne concerne que les meubles; *c)* le vol n'est possible que pour les meubles; *d)* les immeubles dotaux sont seuls inaliénables.

II. Choses en dehors du patrimoine.

Sont en dehors du patrimoine d'un particulier : 1° les *res publicæ* qui appartiennent au peuple romain ou aux cités. Ces choses forment ce qu'on appelle aujourd'hui leur patrimoine privé : elles comprennent

(1) Jav., *D.*, XIX, 1, 18, 1. Les choses d'une certaine valeur, comme le pécule d'un esclave, ne sont pas traitées comme des accessoires. Pap., *D.*, XX, 1, 1, 1. Une chose peut être accessoire sans être incorporée à la chose principale. Mais une chose incorporée à une autre doit-elle par cela même être traitée comme accessoire ? Il faut distinguer suivant que l'incorporation est temporaire ou permanente. Pomp., *D.*, L, 16, 245. Dans le doute, on présume que la chose incorporée est devenue un accessoire permanent. Cels., *D.*, XIX, 1, 38, 2 ; Pomp., *D.*, XXXIII, 7, 21.

(2) Cf. Goeppert, *Einheitliche, zusammengesezte und Gesammtsachen*, 1871.

(3) Pomp., *D.*, XLI, 3, 30 pr. Cf. Jav., *eod.*, 23 pr. ; Paul., *D.*, VI, 1, 23, 5.

(4) Les choses accessoires incorporées à une chose principale n'ont plus d'existence indépendante : elles ne sauraient être possédées séparément. L'acheteur d'une maison possède la maison et non les matériaux dont elle est formée ; le délai requis pour usucaper est celui de l'usucapion des immeubles. (Jav., *loc. cit.* Voir cep. Pomp., *D.*, XLI, 3, 30, 1.) Il en est autrement pour les choses composant une *universitas facti*. Pomp., *eod.*, 30, 2 : *Non... universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium.* Cf. Perozzi, *Sul possesso di parti di cosa*, 1888.

(5) Ulp., *D.*, L, 16, 198.

notamment l'argent conservé dans le trésor public ou dans la caisse de la cité, les terres publiques, les esclaves publics; 2° les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation : *res divini juris,* choses communes, choses affectées à l'usage public.

§ 1er. **Res divini juris.** — Ces choses sont exclues de l'usage des hommes (1). Il y en a trois sortes : *res sacræ, religiosæ, sanctæ.*

I. *Res sacræ.* — Ce sont les choses consacrées aux dieux supérieurs par les pontifes. La consécration d'un immeuble doit être autorisée par une loi, un Sc. ou une constitution impériale (2).

II. *Res religiosæ.* — Ces choses sont consacrées aux dieux mânes : ici l'intervention des pontifes n'est pas nécessaire (3). L'inhumation du cadavre d'une personne libre ou d'un esclave (4) suffit pour rendre le terrain religieux sous trois conditions : qu'elle ait été faite par celui qui a la charge des funérailles, dans un terrain lui appartenant en propriété quiritaire (5), après qu'il a rendu les derniers devoirs au défunt.

III. *Res sanctæ.* — Les portes et les murs des cités ne sont pas à vrai dire *divini juris*, car elles ne sont pas consacrées aux dieux, mais on les traite comme telles, parce qu'elles deviennent *sanctæ* à la suite d'une cérémonie religieuse accomplie par les augures (6).

§ 2. **Choses communes.** — Ce sont des choses qui ne peuvent devenir la propriété exclusive de personne : l'air, l'eau courante, la mer (7). Tout le monde a un droit égal à en profiter, mais ce droit ne compte pas

(1) Paul, *D.*, XXXIX, 3, 17, 3 : *Quo fas non sit uti.* Cependant Paul (*D.*, XLIII, 2, 2, 2) admet, pour les lieux sacrés et religieux, l'existence d'un droit voisin du droit de propriété et sanctionné par des interdits. Il accorde même pour les *res religiosæ* une action *in factum* (*D.*, VI, 1, 43). Julien (*D.*, XLVII, 12, 6) donne le titre de *dominus* à celui qui a droit à l'action *sepulcri violati.*

(2) Gaius, II, 4 ; 5; Ulp., *D.*, I, 8, 9, 1; Valens, *D.*, XXXVI, 4, 15. Exemples de *leges dedicationis* : Bruns, 263. Cf. sur la protection des lieux sacrés à l'époque antique, Ed. Cuq, *Ancien droit*, 279, et pour l'époque ultérieure, *Dict. Antiq.*, IV, 982. Le vol des meubles sacrés est puni par la loi Julia *peculatus;* l'effraction des portes d'un temple est punie *extra ordinem* (Ulp., *D.*, XLVIII, 13, 1; 6 pr.; Marc., 4, 2). Cf. Ed. Cuq, v° Peculatus, *Dict. Antiq.*, IV, 386.

(3) Les sépulcres participent à la nature des *res religiosæ* : ils ne comptent pas dans le patrimoine. (Ulp., *D.*, VIII, 5, 1; XLIII, 24, 13, 4) : les textes excluent la revendication (Paul, *D.*, VI, 1, 23, 3; Alex., *C.*, III, 44, 4), l'aliénation entre vifs (Carac., *eod.*, 2; Philip., *eod.*, 9; *CIL.* X. 3334), le legs (Diocl., *C.*, VI, 37, 14; Ulp., XXIV, 9), la possession (Paul, *D.*, XLI, 2, 30, 1), l'usucapion (*Inst.*, II, 6, 1), le gage (Carac., *C.*, VIII, 16, 3), les servitudes passives (Jav., *D.*, VIII, 4, 4). Mais on peut établir sur les fonds voisins des servitudes de passage, de puisage, etc., pour les besoins du sépulcre (Paul, *D*, VIII, 1, 14, 1; Ulp., *D.*, VIII, 5, 1; XI, 7, 12 pr.; *C. I. L.*, VI, 9404). Cf. sur la distinction des *sepulcra familiaria* et *hereditaria* (Gaius, *D.*, XI, 7, 5), Karlowa, II, 1046.

(4) Gaius, II, 6; 7. Dans les provinces, la consécration ou l'inhumation rend le sol *pro sacro* ou *pro religioso.* L'inhumation dans le terrain d'autrui contre le gré du propriétaire et par un autre que l'ayant-droit, est réprimée par l'édit du Préteur. Treb., ap. Ulp., *D.*, X, 3, 6, 6. Gaius, XI, 7, 7 pr. Ulp., *eod.*, 2, 2, texte interpolé) : on doit payer la valeur du terrain ou enlever le corps; le propriétaire a une action perpétuelle et transmissible. Les compilateurs ont étendu la règle édictale à l'inhumation dans le tombeau d'autrui et donné à l'action un caractère pénal. Cf. Lenel, I, 260; Biondi, *Studi sulle* actiones arbitrariæ, 1913, p. 116.

(5) Ulp., *D.*, XI, 7, 2 pr. Si le tombeau est indivis (CIL., VI, 18100) chacun des copropriétaires peut en user sans le consentement des autres. (Ulp., 6 pr.)

(6) Gaius, II, 8. Cf. Ed. Cuq, *Ancien droit,* 280, 3.

(7) Marc., *D.*, I, 8, 2, 1; 4 pr.; Ulp., *D.*, XLVII, 10, 13, 7, semble indiquer que l'État affermait parfois le droit de pêcher dans la mer : il cite un interdit accordé par les *Veteres* au fermier de la pêche. Cf. CIL., XIII, 8830.

dans le patrimoine; il n'est sanctionné que par l'action d'injures (1). Toute atteinte portée à ce droit est considérée comme un outrage à la personne.

§ 3. **Choses affectées à l'usage public.** — On les appelle parfois *res publicæ* comme celles qui forment le domaine privé de l'État (2). Ce sont les places et voies publiques, les théâtres (3), les fleuves (4) et leurs rives, les ports et les rivages de la mer (5). Le droit sur les choses affectées à l'usage public est la forme inférieure de la faculté de jouir; il n'est garanti que par l'action d'injures.

CHAPITRE II

La propriété.

I. Histoire du droit de propriété.

§ 1er. **Régimes divers de la propriété.** — La propriété n'a pas eu de tout temps un caractère identique. Les formes variées sous lesquelles elle apparaît dans l'histoire peuvent être ramenées à deux types principaux : la propriété familiale et la propriété individuelle. Il y a même, pour la propriété foncière, un troisième type plus ancien que les autres : la propriété collective.

1. Propriété collective. — C'est le régime propre aux sociétés primitives (6). L'homme ne cherche pas encore à s'approprier la terre. Le sol sur lequel s'est fixée une tribu reste à la disposition de tous les membres de la tribu. Tantôt ils l'exploitent en commun et se partagent les

(1) Ulp., *loc. cit.*; *D.*, XLIII, 8, 2, 9. Cf. Jehring, *Actio injuriarum*, 105.

(2) Marc., *D.*, I, 8, 4, 1; Cic., *Top.*, 7; *Inst.*, II, 1, 2. La distinction est faite par Pomp., *D.*, XVIII, 1, 6 pr.; Pap., *eod.*, 72, 1. Le droit de l'État se manifeste par la perception d'un *solarium* pour les constructions élevées sur un terrain affecté à l'usage public (Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 17), par l'obligation de garantir contre un *damnum infectum* (Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 24 pr.), par le retour à l'État des biens désaffectés. Si le droit de l'État sur ces biens n'était, comme on l'a dit, qu'un droit de police, on ne s'expliquerait pas qu'il pût se transformer en un droit de propriété. Cf. Saleilles, *N. R. H.*, XIII, 459; Glück-Ubbelohde, liv. 43-44, 4e p., I, 24. Sur les eaux publiques et privées, Costa, *Le acque nel diritto romano*, 1919. *Sav. Z.*, XLI, 307.

(3) Pomp., *loc. cit.*; *Inst.*, III, 19, 2; Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 22 *in fine*.

(4) Il s'agit des cours d'eaux qui ne tarissent pas. Ceux qui coulent d'une façon intermittente sont une propriété privée (Ulp., *D.*, XLIII, 12, 1, 3-4).

(5) Certains jurisconsultes classent le rivage de la mer parmi les choses communes (Marc., I, 8, 2, 1), mais les restrictions apportées par l'État à son usage (Scæv., *D.*, XLIII, 8, 4; cf. Cels., *eod.*, 3, 1) se concilient mieux avec l'opinion qui les range parmi les choses publiques. Cette opinion était admise au temps de Cicéron, et Celsus (3 pr.) affirme que le rivage est la propriété du peuple romain. — L'État peut accorder la faculté d'élever sur le rivage de la mer une construction temporaire : les tiers doivent la respecter (Pomp., *D.*, XLI, 1, 50; Marc., *D.*, I, 8, 6 pr.). — D'après Celsus (*D.*, L, 16, 96), Cicéron aurait donné, en qualité d'arbitre, la définition du rivage de la mer qui depuis fut admise par la jurisprudence : elle a été reproduite dans l'ordonnance de la marine de 1681. Cicéron lui-même, dans ses *Topiques* (c. 7), rapporte une définition d'Aquilius Gallus (cf. *pro S. Rosc.*, 26).

(6) La propriété collective a, de nos jours, reçu en Allemagne plusieurs applications, sous le nom de propriété « en main commune ». Cette conception germanique a trouvé en France quelques partisans. Cf. le *Livre du Centenaire*, Code civil, 1904, p. 377. Elle a été justement critiquée par Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, 650, 762, 664, 771.

fruits suivant une quotité déterminée. Tantôt chaque famille obtient, par la voie du sort, une portion du sol pour la cultiver pendant un temps limité, au bout duquel elle fait retour à la tribu ; ici la quotité des fruits qui revient à chaque famille dépend de son travail, des soins qu'elle apporte à la culture. Dans ce régime, les membres de la communauté n'ont qu'un droit de jouissance temporaire, essentiellement attaché à la personne, inaliénable et intransmissible.

2. Propriété familiale. — Chacun des chefs de famille reçoit une portion du sol pour une durée indéfinie ; il la conserve toute sa vie et, à sa mort, elle passe à ses enfants. La terre reste dans la famille et se transmet de génération en génération. Dans un seul cas, elle fait retour à la tribu : lorsque le chef de famille meurt sans postérité. La propriété étant ici attribuée à une famille, à tous les enfants nés ou à naître, le chef actuel ne peut disposer de la terre au préjudice de ses enfants, ni entre vifs ni par testament. La propriété familiale est donc inaliénable, comme la propriété collective ; mais elle est héréditaire, et c'est là son caractère distinctif. Toutefois le principe de l'hérédité n'est pas admis au profit des femmes : cette restriction était nécessaire pour conserver les biens dans la famille. La femme, par son mariage, aurait pu transporter dans la famille de son mari la propriété attribuée exclusivement à sa famille d'origine.

3. Propriété individuelle. — Dans ce régime, toutes les entraves disparaissent : le propriétaire peut librement disposer de sa chose ; il peut l'aliéner entre vifs ou la transmettre par testament à qui bon lui semble. C'est le régime du droit moderne. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose sous les restrictions établies par la loi (1). Elle peut appartenir à un étranger comme à un citoyen ; elle porte sur toutes les choses corporelles qui sont dans le commerce.

§ 2. **Ancien droit romain. —** Le régime de la propriété se rapproche de celui de la propriété familiale ; mais on trouve aussi des traces du régime de la propriété collective. La propriété n'est considérée comme un droit qu'au profit de certaines personnes et pour certaines catégories de choses.

1. Pour être propriétaire, il faut être *sui juris* : les chefs de famille seuls sont capables d'avoir des droits. Il faut aussi être patricien ; la propriété consacrée par la loi s'appelle propriété « d'après le droit des Quirites » ; or, les Quirites sont les patriciens membres des curies. Les plébéiens n'ont eu, pendant longtemps, qu'une propriété de fait ; c'est la loi des Douze Tables qui leur a donné l'égalité de droit avec les patriciens. Quant aux étrangers, ceux qui ont obtenu le *commercium* peuvent seuls acquérir la propriété *ex jure quiritium*.

2. La propriété quiritaire ne paraît avoir été admise à l'origine que

(1) On définit ordinairement la propriété : *jus utendi, fruendi, abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. Dans cette définition imaginée par les auteurs modernes, le mot *abuti* reçoit une acception étrangère aux Romains. Il signifie, non pas seulement consommer par l'usage (*D.*, VII, 5, 5, 1), mais aussi faire de la chose un usage définitif, en l'aliénant ou en la détruisant. (*D.*, VII, 1, 27, 1 ; Cic, *Top.*, 3.)

pour les choses que l'on regardait comme les plus précieuses et qui étaient placées sous la protection des dieux : membres de la famille, esclaves, bêtes de trait ou de somme, maison de ville (*heredium*).

L'*heredium* est le lot de terre de deux arpents qui fut attribué par l'État à chaque citoyen sur le Palatin et les hauteurs environnantes. Comme son nom l'indique, l'*heredium* est héréditaire (1) : à la mort du propriétaire, il passe de plein droit à ses héritiers siens, même aux femmes. A Rome, on n'avait pas à craindre que les femmes transmettent l'*heredium* à une autre famille par testament ou par mariage : elles étaient incapables de tester et ne pouvaient se marier sans l'autorisation d'un tuteur, qui avait le devoir de sauvegarder les intérêts de la famille. L'*heredium* est inaliénable : il n'existait pas, à l'origine, de moyen d'aliéner un immeuble.

Le régime de la propriété familiale a été appliqué avec une atténuation aux meubles précieux, ceux qui servent à la culture : on ne pouvait sans inconvénient refuser au chef de famille le droit d'en disposer entre vifs; l'aliénation peut être un acte de bonne administration (2).

3. Quant aux autres meubles, considérés comme moins précieux, tels que les troupeaux (3), il est vraisemblable qu'à l'origine ils ne comportaient qu'une propriété de fait. Il n'existe pas de mode conventionnel et légal pour en acquérir la propriété : la mancipation ne s'applique qu'aux bêtes de trait ou de somme et aux esclaves; l'*in jure cessio* ne fut d'abord usitée que pour l'affranchissement des esclaves.

4. Les terres gentilices situées hors l'enceinte de la ville ne sont devenues une propriété privée qu'au IIIe siècle de Rome (4). Jusque-là, elles furent l'objet, non d'une propriété indivise, car une propriété indivise est une propriété privée, mais d'une *propriété collective* (5). Les

(1) Varr., *R. r.*, I, 10; Plin., *H. n.*, XVIII, 2, 7; XIX, 4, 50.

(2) Il y a d'ailleurs deux institutions destinées à assurer la conservation des *res pretiosiores* dans la famille : la tutelle des femmes et la curatelle des prodigues.

(3) La distinction de ces deux sortes de choses apparaît dans l'expression usitée pour désigner l'ensemble des biens d'une personne : *familia pecuniaque* (Cic., *de leg.*, III, 3, 7; Gaius, II, 104). Le mot *familia*, qui a deux acceptions, l'une personnelle, l'autre réelle (Ulp., *D.*, L, 16, 195, 1), est ici employé dans la seconde : il comprend les biens de famille (Cato, *R. r.*, 138, 143), ceux qui doivent se transmettre de père en fils. Le mot *pecunia* désigne les troupeaux (Plin., *H. n.*, XVIII, 3, 11); on l'a ensuite appliqué à la monnaie (*Ibid.*, XXXIII, 3).

(4) Denys (II, 7) et Cicéron (*de Rep.*, II, 14) prétendent que l'on partagea entre les citoyens la totalité de l'*ager Romanus*. Mais cette assertion est contredite par ce fait bien établi, que la création d'une tribu suit d'assez près l'époque où une portion du territoire devient une propriété privée. Au temps de Servius, les tribus comprenaient uniquement les parties de la ville où se trouvaient des habitations (Liv., I, 43; Plin., *H. n.*, XVIII, 3). Les 16 premières tribus rurales, créées vers 259 (Liv., II, 21) portent des noms de *gentes*, tandis que la 17e, créée à la même époque, et les tribus qui furent créées dans la suite, portent des noms de lieu.

(5) On en trouve un vestige, au Bas-Empire, dans certaines provinces : c'est la protimésis, droit de préemption ou de retrait accordé aux *proximi et consortes* lorsque l'un d'eux vend sa terre à un étranger. Ce droit, que Dioclétien refusa d'admettre (*C.*, IV, 52, 3), fut consacré par Constantin (cité par Julien, *C. Th.*, II, 5, 1) sous l'influence des coutumes orientales, mais exclu plus tard en Occident en 391 (Valent. II, *C. Th.*, III, 1, 6). Il se maintint sans doute en Orient : en 468, Léon en autorisa l'application aux habitants des métrocomies. C'est le seul cas où la protimésis est permise sous Justinien (*C.*, IV, 38, 14; XI, 55, 1. Cf. Mossner, N.

membres de la *gens* pouvaient jouir de la terre, mais non en disposer. La jouissance en commun présentait des inconvénients qui se firent sentir à mesure que s'opéra la dislocation des *gentes* : on admit que l'homme acquiert par son travail un droit à la jouissance exclusive de la terre qu'il cultive. Le droit sur l'*ager* fut assimilé au droit sur l'*heredium*. La propriété romaine eut dès lors un double fondement : la conquête (1) et le travail.

5. Le régime de la propriété a été transformé dans la seconde moitié du ve siècle de Rome (2). Ce fut la conséquence du développement du commerce et de l'industrie, de l'accroissement de la richesse publique et privée. L'argent devint un instrument général d'échange et la commune mesure de la valeur des choses. On jugea excessif de restreindre la notion de la propriété quiritaire à des choses qui ne formaient plus qu'une part médiocre de la fortune des citoyens : on l'étendit à celles qui, jusqu'alors, n'avaient été susceptibles que d'une propriété de fait (3). Dès lors, le régime de la propriété familiale a fait place à celui de la propriété individuelle.

II. Caractères du droit de propriété.

La propriété individuelle est un droit exclusif, absolu, réel, perpétuel. Le propriétaire a un plein pouvoir sur sa chose; il en dispose librement soit entre vifs, soit à cause de mort. Les restrictions à la liberté d'aliéner, résultant de l'affectation des biens patrimoniaux aux besoins de la famille, disparaissent. La liberté de tester existe, et l'on se préoccupe d'en réprimer les abus. La mancipation s'applique aux immeubles; et si, au temps de Cicéron (4), on considère comme un déshonneur de vendre la maison de famille où sont conservées les images des ancêtres, nul ne songe à contester la validité de cette aliénation.

En disant que la propriété confère un plein pouvoir sur une chose, les Romains ont voulu marquer la différence qui sépare, d'une part, la propriété individuelle de la propriété collective ou de la propriété familiale; d'autre part, le pouvoir du propriétaire de celui d'un possesseur ou d'un usufruitier.

a) Le propriétaire n'est tenu de partager avec personne la jouissance de sa chose, comme dans le régime de la propriété collective : il a un droit exclusif. *b)* Il n'a plus à subir les entraves à la liberté d'aliéner,

R. H., XV, 654; PLATON, *Rev. gén.*, XXVII-XXIX; et sur les métrocomies, DE ZULUETA, *De patrociniis vicorum*, 1909, p. 59.

(1) GAIUS, IV, 16 : *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.*

(2) Deux faits ont contribué à cette transformation : l'introduction de la monnaie d'argent en 486, le développement de la navigation maritime après la soumission complète de l'Italie en 482 (SEN., *de brev. vitæ*, 13). C'est au début du VIe siècle que le droit pontifical a modifié la règle antique imposant la charge du culte aux héritiers domestiques : cette charge incombe à ceux qui recueillent la majeure part des biens du défunt (p. 678, 1.)

(3) Le mot *pecunia* désigne désormais l'ensemble des biens appartenant à une personne. ULP., *D.*, L, 16, 178 pr.; CIC., *Top.*, 6.

(4) *De orat.*, II, 55; *p. Sulla*, 20. Sur les clauses d'inaliénabilité contenues dans un acte juridique, cf. p. 128.

comme dans le régime de la propriété familiale : il a un droit absolu. *c*) Le propriétaire a sur la chose un pouvoir consacré par la loi. Le possesseur n'a qu'un pouvoir de fait. Le propriétaire peut faire valoir son droit envers et contre tous, grâce à l'action en revendication : il a un droit réel. Le possesseur est protégé par des interdits, sous certaines conditions et à l'égard de certaines personnes. *d*) Le propriétaire a le droit d'user, de jouir, de disposer de la chose : il a un droit perpétuel. L'usufruitier n'a que le droit d'user et de jouir à titre temporaire.

Tels sont les caractères distinctifs de la propriété. Appliqué aux immeubles, ce droit a une étendue qu'il importe de préciser.

La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire du sol est propriétaire de tout ce qui s'y incorpore (constructions ou plantations) (1). Il peut s'opposer à ce qu'on lui cache la vue du ciel au-dessus de sa propriété, à ce qu'on intercepte la lumière et l'air qui lui sont nécessaires (2). Il a le droit de creuser une fosse, un puits (3); il a droit au produit des mines et carrières qui se trouvent dans son terrain (4).

Les caractères du droit de propriété ont été atténués à l'époque classique. La constitution de la propriété présente, dans l'ancienne Rome, un caractère rigide : elle n'admet aucun tempérament. Le droit, à cette époque, répugne aux complications, aux restrictions : il est tout d'une pièce. Droit absolu, la propriété ne peut être suspendue par aucune modalité; elle existe avec tous ses effets ou n'existe pas. Droit perpétuel, elle ne peut être établie *ad tempus* : elle ne comporte ni terme extinctif ni condition résolutoire. Droit exclusif, elle ne peut appartenir en même temps à deux personnes pour le tout. A tous ces points de vue, la jurisprudence classique a, dans une large mesure, assoupli la théorie antique et l'a conciliée avec les exigences d'une civilisation plus raffinée. La propriété se présente sous des aspects divers sans cesser d'être identique à elle-même, sans perdre son unité.

III Limites légales du droit de propriété.

Le droit de propriété a des limites : il doit, dans une certaine mesure, être subordonné à l'intérêt social. Cette vérité, les Romains

(1) Gaius, *D.*, XLI, 1, 7, 10.
(2) Venul., *D.*, XLIII, 24, 22, 4. Paul., *D.*, VIII, 2, 1 pr.; Ulp., *D.*, XLIII, 27, 1.
(3) Treb., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 24, 12.
(4) Ulp., *D.*, XXIV, 3, 7, 14. Ces produits n'étaient pas partout traités comme des fruits : dans certaines régions l'usage local reconnaissait à toute personne le droit d'extraire de la pierre d'une carrière; le propriétaire du sol n'avait droit qu'à une redevance et à la pierre nécessaire à ses besoins. Ulp., *D.*, VIII, 4, 13, 1. Depuis Théodose Ier (*C. Th.*, X, 19, 10), l'inventeur d'une carrière de pierre a le droit de l'exploiter, à charge de payer une dîme au propriétaire du sol et une autre dîme au fisc. La règle a été momentanément étendue aux carrières de marbre (*ibid.*, 11, 13). Les mines du fisc sont soumises à des règles spéciales que nous font connaître deux inscriptions d'Aljustrel en Portugal : *C.I.L.*, II, 5181. J'ai publié le texte de la seconde d'après une photographie de l'original (*Un règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien*, 1907, p. 2-4.) Le texte donné par Bruns-Gradenwitz, n° 112; Riccobono, p. 367; Girard, p. 884, est très incorrect. Au temps d'Hadrien, les puits de mine s'acquièrent de trois manières : vente, occupation, assignation. Cf. Ed. Cuq, *Journal des Savants*, 1911, p. 294 et 346.

l'ont reconnue dès le temps des Douze Tables : ils ont imposé au propriétaire certaines obligations, les unes dans l'intérêt des voisins, les autres dans un intérêt public ou religieux. Ils ont même, à l'exemple du censeur, pris des mesures à l'égard des propriétaires négligents (1).

§ 1er. **Dans l'intérêt des voisins.** — *a*) La loi des Douze Tables prescrit au propriétaire d'un immeuble de laisser en friche autour de son champ ou de sa maison une bande de terre de 2 pieds et demi (0m,74). Cette bande de terre n'est pas susceptible d'usucapion (2). On l'appelle *confinium* lorsqu'elle sépare des fonds de terre, *ambitus* lorsqu'elle sépare des maisons; elle sert de passage aux propriétaires voisins. La règle sur l'*ambitus* est tombée en désuétude après l'incendie de Rome par les Gaulois : on a rebâti les maisons sans observer la distance fixée par la loi. Le *confinium* seul a subsisté : il est sanctionné par l'action *finium regundorum*. — Au Bas-Empire, on a de nouveau pris des mesures pour isoler les maisons (p. 331).

b) La loi défend de faire des constructions ou plantations sur la limite du *confinium;* elle ne les autorise qu'à une certaine distance. Exception est faite pour les haies (3).

c) Le propriétaire d'un chêne a le droit de pénétrer sur le fonds voisin pour y ramasser les glands qui y ont été projetés. Cette disposition a été étendue à tous les arbres fruitiers. Elle était sanctionnée par une action, puis, par l'interdit *de glande legenda* (4).

d) Le propriétaire d'un champ est autorisé à couper jusqu'à une hauteur de 15 pieds les branches des arbres du voisin qui s'étendent au-dessus de sa terre. Ce droit fut sanctionné par une action qui a été remplacée par l'interdit *de arboribus cædendis* (5). Lorsque l'arbre étend ses branches au-dessus d'une maison, le Préteur permet au propriétaire de la maison de couper l'arbre. Dans l'un et l'autre cas, le propriétaire du champ ou de la maison ne peut user de son droit que si le propriétaire de l'arbre refuse de couper lui-même les branches ou l'arbre (6). C'est une atténuation à la règle des Douze Tables.

§ 2. **Dans l'intérêt public.** — *a*) Le riverain d'un fleuve doit permettre à ceux qui naviguent d'aborder son champ, d'amarrer leur bateau aux arbres, de sécher leurs filets, de déposer sur la rive un fardeau (7). *b*) Lorsqu'une voie publique est détruite par une inondation ou autre cas de force majeure, le plus proche voisin doit laisser passer sur sa propriété (8), sans doute pendant le temps nécessaire pour la réfection

(1) Gell., IV, 12.
(2) Cic., *De leg.*, I, 21; Varr., *L. l.*, V, 4, 22; P. Diac., v° *Ambitus;* Fest., v° *Insulæ;* Paul., *D.*, X, 1, 4, 10.
(3) Gaius, *D.*, X, 1, 13. Cf. C. civ., 671, 674.
(4) Pline, *H. n.*, XVI, 5, 15; Ulp., *D.*, XLIII, 28, 1.
(5) Ulp., *D.*, XLIII, 27, 1, 8. L'interdit existait au temps de Rutilius (cos. 649) : *ibid.*, 1, 2.
(6) Ulp., *eod.*, 1, § 2, 6, 9 ; Paul., V, 6, 12.
(7) Gaius, *D.*, I, 8, 5 pr. : *Riparum usus publicus est... Sed proprietas illorum est, quorum prædiis hærent...* Paul classe les rives parmi les *res publicæ* (*D.*, XLIII, 12, 3; XLI, 1, 65. 1).
(8) Jav., *D.*, VIII, 6, 14 1.

de la voie. *c*) La hauteur des maisons a été limitée par Auguste à 70 pieds, par Trajan à 60 (1). *d*) Des Sc. du temps de Claude, Néron et Hadrien défendent de démolir les maisons dans un but de spéculation (2). *e*) Des Sc. et des rescrits autorisent, dans quelques cas, une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique (3). *f*) Le propriétaire d'un terrain, où un tiers a enterré sans autorisation un cadavre ou des ossements, ne peut les exhumer sans un décret des pontifes ou un ordre de l'empereur (4).

Le droit classique a établi quelques obligations nouvelles en s'inspirant des anciennes ou par application des principes généraux du droit : *a*) Par extension de l'édit *de arboribus cædendis*, il est permis au propriétaire d'une maison de couper les racines de l'arbre d'un voisin, lorsqu'elles menacent d'ébranler les fondements de la maison (5). *b*) Il est défendu de modifier la forme et l'état des maisons anciennes de manière à nuire au jour et à la commodité du voisin (p. 331) : il y a une sorte de prescription acquise à ce voisin. *c*) Il est interdit au propriétaire d'une construction d'ouvrir de nouvelles fenêtres donnant sur la maison du voisin, à moins d'obtenir la servitude *luminis immittendi* (6). Dans ces deux cas, on emploie contre le contrevenant la dénonciation de nouvel œuvre. *d*) En principe, tout propriétaire est maître chez lui et peut user de son droit sans se préoccuper du tort que cela peut causer au voisin. Celui-ci n'est pas fondé à se plaindre si on le prive d'un avantage auquel il n'a aucun droit (7). Mais le propriétaire ne peut faire usage de son droit dans le seul but de nuire à autrui : *Malitiis non est indulgendum* (8). *e*) Il lui est interdit d'établir chez lui des usines qui dégagent de la fumée ou qui laissent écouler de l'eau sur le fonds du voisin dans une mesure inusitée (9). Le propriétaire d'un terrain contigu à une aire à battre le blé ne peut, en élevant une construction, intercepter le vent nécessaire pour séparer la paille du grain (10). *f*) Les propriétaires sont tenus de réparer leurs maisons. Le gouverneur de la province est chargé de l'inspection des édifices, et des me-

(1) Suet., *Octav.*, 89; Aur. Vict., XIII, 13. Cf. Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 1, 17.
(2) Sc. Hosidien (44-46), Volusien (56) : *C. I. L.*, X, 1401. Sc. de l'an 122 : Ulp., *D.*, XXX, 41, 1.
(3) 1° Un Sc. de l'an 743 autorise les entrepreneurs des travaux de réfection des aqueducs de Rome à prendre dans les propriétés voisines tous les matériaux qui leur sont nécessaires moyennant une indemnité fixée *boni viri arbitratu* (Frontin, *De aquis*, 125). 2° Si, pour l'établissement d'un aqueduc, il y a lieu de prendre une parcelle d'un champ, et que le propriétaire fasse des difficultés, on lui achète la totalité et on revend ensuite ce dont on n'a pas besoin (Frontin, c. 128. Cf. Loi 3 mai 1841, art. 50). 3° Le propriétaire d'un tombeau, enclavé dans le champ d'autrui, a le droit d'exiger un passage pour y accéder; si ce passage ne lui est pas accordé à titre précaire, le magistrat le lui fera concéder moyennant une juste indemnité (Ulp., *D.*, XI, 7, 12 pr.). — Au Bas-Empire, on donnait parfois au propriétaire dépossédé une compensation d'une autre nature, soit une immunité (Constantin, *C. Th.*, XV, 2, 1), soit le droit d'occuper, à titre d'échange, un édifice public désaffecté (Theod., *C. Th.*, XV, 1, 50. Cf. Godefroy, *ad h. l.*).
(4) Lab., ap. Ulp., *D.*, XI, 7, 8 pr.
(5) Alex., *C.*, VIII, 1, 1.
(6) Paul, *D.*, VIII, 2, 40. Cf. p. 578.
(7) Proc., ap. Ulp., D., XXXIX, 2, 26.
(8) Cels., *D.*, VI, 1, 38. Cf. Marcel., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 3, 1, 12.
(9) Aristo, Pomp., ap. Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 5-6.
(10) Just., *C.*, III, 34, 14, 1.

sures de rigueur à prendre à l'égard des contrevenants (1). *h*) Les propriétaires sont tenus de rebâtir les maisons démolies (2).

§ 3. **Dans l'intérêt de l'agriculture.** — Le propriétaire, qui laisse sa terre en friche, court le risque de perdre son droit. Sous l'Empire, la petite propriété a en partie disparu. La mise en valeur des grands domaines était difficile : on avait beaucoup de peine à trouver des fermiers solvables.

De grands propriétaires, notamment les empereurs, eurent recours à des colons partiaires : ils leur donnèrent à cultiver des parcelles de terre, et s'efforcèrent de les intéresser à la prospérité du domaine en leur assurant une situation favorisée que les fermiers généraux devaient respecter *(consuetudo domus)* (3). Ils allèrent jusqu'à leur reconnaître la propriété de fait *(usus proprius)* des terres incultes ou en friche qu'ils avaient mises en valeur (4). Sous ce dernier rapport, ce qui n'était qu'une faveur consentie par quelques propriétaires finit par devenir un droit. Au IIIe siècle, de vastes étendues de terres restaient désertes : Pertinax les attribua au premier occupant, à la charge de les cultiver (5); il les exempta d'impôt pendant dix ans.

§ 4. **Inaliénabilité de certains biens, au Bas-Empire.** — *a*) Les *curiales* ne peuvent aliéner leurs immeubles ni leurs esclaves sans un décret du magistrat (6). *b*) L'aliénation des choses sacrées et des biens d'église n'est autorisée qu'à titre exceptionnel (7). *c*) Depuis Zénon, les aliénations consenties par le fisc transfèrent la propriété libre de toute charge : si la chose appartient à un particulier, le propriétaire ou le créancier hypothécaire n'a que la ressource de demander une indemnité dans le délai de 4 ans. Cette règle a été étendue par Justinien à l'aliénation des biens patrimoniaux de l'empereur (8). *d*) Sont inaliénables, sous certaines conditions, les biens adventices et les biens des enfants, en cas de second mariage de leur père ou mère (p. 149; 192).

(1) Rescrit d'Hadrien de 127 (*B. C. H.*, 1887, p. 111; ULP., *D.*, I, 18, 7).

(2) A défaut, tout citoyen est autorisé à occuper le sol vacant pour y édifier des constructions. Par dérogation à la maxime : *Superficies solo cedit*, le constructeur devient propriétaire du sol (HADRIEN, *C.*, VIII, 10, 5). C'était excessif. Au IIIe siècle, le *curator reipublicæ* est chargé d'inviter les propriétaires à rebâtir les maisons détruites. Il peut, en cas de besoin, faire rebâtir la maison aux frais de la cité et si, dans un certain délai, le propriétaire du sol n'a pas remboursé le capital et les intérêts, la cité a le droit de vendre l'immeuble. (PAUL, *D.*, XXXIX, 2, 46). On donna ainsi satisfaction à l'intérêt public sans sacrifier le droit du propriétaire.

(3) SCÆV., *D.*, XXXIII, 1, 21 pr. Cf. p. 87.

(4) Inscription d'Henchir-Mettich : I, 7-10. Cf. Ed. CUQ, *Colonat partiaire*, p. 13; *N. R. H.*, XXIII, 634. Voir aussi l'inscription d'Aïn Ouassel (GIRARD, *Textes*, 883) : *Qui occupaverint, possidendi ac fruendi [h]eredique suo relinquendi id jus datur, quod est lege Hadriana comprehensum de rudibus agris et iis qui per X annos continuos inculti sunt.*

(5) HEROD., II, 4, 6. Au IVe siècle, Théodose Ier prit une mesure analogue pour les fonds patrimoniaux abandonnés, mais l'occupant n'acquiert ici qu'un *jus perpetuum salvo canone*. *C. Th.* V, 13, 30.

(6) THEOD. I, *C. Th.*, XII, 3, 1 (Orient); *Nov. Major.*, VII, 9 (Occident). De même les *pistores* et les *suarii*. *C. Th.*, XIV, 3, 3 pr., 13; XIV, 4, 1; 5; 7.

(7) JUST., *Nov.* 1, c. 8; 120, c. 10; *C.*, I, 12, 21; LEO., *cod.*, 14; ANAST., 17. Les *res ecclesiasticæ* sont les biens d'église non affectés au culte, tels que les terres.

(8) *C.*, VII, 37, 2; 3. Un édit de Marc-Aurèle avait accordé au propriétaire un délai de 5 ans pour revendiquer sa chose, lorsque l'acquéreur ne pouvait l'usucaper en raison de sa mauvaise foi ou parce qu'elle ne comportait pas l'usucapion (*Inst.*, II, 6, 14).

IV. Diverses sortes de propriété.

§ 1er. **Propriété prétorienne.** — A l'origine, les Romains ne connaissaient qu'une espèce de propriété : la propriété quiritaire, sanctionnée par l'action en revendication. A l'époque classique, il existe une autre espèce de propriété, consacrée par le droit prétorien. Elle se forme dans le cas où le propriétaire d'une *res mancipi* l'aliène par une simple tradition au lieu de recourir à la mancipation, comme l'exige le droit civil. L'acquéreur n'obtient qu'un droit garanti par le Préteur, mais qui se transforme en propriété quiritaire après les délais de l'usucapion. Jusque-là la propriété est dédoublée : l'aliénateur conserve la propriété nue, le titre de propriétaire (1); l'acquéreur a la chose *in bonis* : il en retire tous les avantages qu'elle peut procurer (2); il possède *jure dominii* (3). Son droit est sanctionné par l'action Publicienne et par l'exception *rei venditæ et traditæ*.

La notion de la propriété prétorienne procède d'un sentiment de réaction contre le formalisme du droit civil, contre des solennités devenues gênantes dans la pratique. Avec le temps, cette réaction s'est accentuée : il y a deux séries d'hypothèses dans lesquelles on acquiert un droit analogue à la propriété prétorienne, soit en vertu d'un décret du magistrat ou d'une sentence du juge (4), soit en vertu d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale (5). Pas plus que le préteur, le sénat ou l'empereur n'avait le pouvoir de conférer la propriété quiritaire : l'acquéreur n'avait que l'*in bonis* et la faculté d'usucaper. Sa situation n'était pas toujours identique à celle du propriétaire prétorien : le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor* ont une action fictice distincte de la Publicienne.

Si l'acquéreur par tradition d'une *res mancipi* n'a pas le titre de propriétaire, il n'en est pas moins traité comme s'il l'avait. Dès lors, on a pu dire qu'il y a pour les *res mancipi* deux sortes de propriété (6) : l'une qui s'acquiert par des modes solennels, l'autre par une simple tradition. Les auteurs modernes appellent cette seconde sorte de propriété « propriété bonitaire » ou « propriété prétorienne ».

§ 2. **Propriété des pérégrins.** — Anciennement, la propriété quiri-

(1) Il n'y a qu'un cas où ce titre garde son efficacité : le propriétaire quiritaire peut seul, en affranchissant l'esclave, faire de lui un citoyen ; mais il ne peut l'affranchir au préjudice de celui qui a l'esclave *in bonis*; cf. GAIUS, I, 167.

(2) Sauf la tutelle sur l'esclave affranchi.

(3) LAB., ap. ULP., *D.*, XXXIX, 2, 15, 33.

(4) *Bonorum possessio cum re*, *bonorum emptio*, envoi en possession *ex secundo decreto* en cas de *damnum infectum*, autorisation d'emmener un esclave qui a commis un délit, lorsque le maître ne défend pas à l'action noxale; *sublucatio arborum* : adjudication dans un *judicium imperio continens*.

(5) Restitution d'un fidéicommis, opérée par un simple pacte en vertu du Trébellien; *addictio bonorum* autorisée par Marc-Aurèle. *Inst.*, III, 11.

(6) GAIUS, II, 40 : *Divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure quiritium dominus, alius in bonis habere.* D'après APPLETON, I, 12, on doit également qualifier propriétaire prétorien le possesseur de bonne foi, mais il n'a pas, comme l'acquéreur par tradition d'une *res mancipi*, un droit absolu, opposable à tous : il a seulement un droit relatif qui doit céder devant celui du propriétaire. Cf. ERMAN, *Sav. Z.*, XI, 214; BUONAMICI, *Arch. giur.*, XLIII, 207; BRUZZO, *Actio utilis*, 267.

taire ne pouvait appartenir qu'à un citoyen romain ou à un pérégrin gratifié du *commercium*. La règle subsiste avec d'importantes atténuations; il était impossible de ne pas se préoccuper des nombreux pérégrins soumis à la domination romaine. D'une part, on facilite leurs rapports avec les Romains en leur permettant de recourir aux modes d'acquérir du *jus gentium* : tradition, occupation, accession. D'autre part, on admet que leurs biens sont l'objet d'une propriété véritable *(dominium)*, bien que distincte de la propriété quiritaire; on leur reconnaît le droit d'intenter, comme actions fictices, l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia (1).

§ 3. **Propriété provinciale.** — Le droit classique a pareillement atténué les effets de la règle qui restreignait la notion de la propriété foncière aux terres comprises dans l'*ager romanus*. On étendit d'abord la règle à l'*ager italicus* qui jouit du privilège autrefois réservé à l'*ager romanus*. Puis on reconnut aux possesseurs des fonds provinciaux un droit qui, après avoir été considéré comme une sorte d'usufruit, finit par constituer une propriété *sui generis*.

La notion de la propriété provinciale s'est formée lentement. Elle se rattache à la distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux qui n'est pas antérieure au dernier siècle de la République. Jusqu'à cette époque, les terres italiques n'étaient pas toutes susceptibles de propriété quiritaire : il y en avait qui ne comportaient qu'une propriété de fait (2) ; d'autres sur lesquelles on n'avait qu'une possession révocable : c'étaient les dépendances de l'*ager publicus* occupées en vertu de la loi Licinia. A la longue, le droit du possesseur de l'*ager publicus* se transforma en une sorte de propriété de fait : révocable en théorie, il ne le fut guère en pratique. La loi agraire de 643 le consolida, en attribuant aux possesseurs la propriété quiritaire. Elle en fit autant pour la plupart des terres soumises au même régime (3). S'inspirant des motifs d'ordre politique et économique qui avaient dicté la loi de 643, la jurisprudence étendit à toutes les terres italiques la règle consacrée par cette loi. Dès lors, les *prædia in italico solo* devinrent des *res mancipi* comportant la propriété quiritaire (4).

Les fonds provinciaux diffèrent des fonds italiques à deux points de vue : d'abord ils sont soumis au payement d'un impôt appelé *stipendium* dans les provinces du sénat, *tributum* dans celles de l'empereur (5); puis ils ne comportent pas la propriété quiritaire. Ceux qui les possèdent n'en ont que la jouissance (6), à charge de payer à l'État une part de fruits. Leur droit est caractérisé par l'expression *habere*

(1) Gaius, II, 40 ; IV, 37. Cf. p. 14.
(2) Tels sont, suivant certains auteurs, les *agri quæstorii* et les *agri adsignati*. Cf. Beaudouin, *Limitation*, 107, 196. Voigt, I, 378. Karlowa, II, 17; 1275.
(3) Cf. les exceptions faites dans la loi agraire de 643, l. 11-12.
(4) On ignore l'époque où cette généralisation a été faite. Le point de départ de la distinction si tranchée entre les fonds italiques et les fonds provinciaux est en tout cas postérieur aux lois Julia et Plautia Papiria qui accordèrent aux Italiens le droit de cité : seuls, en effet, ceux qui jouissent du *commercium* sont capables d'être propriétaires quiritaires.
(5) Gaius, II, 21.
(6) Frontin, 36, 6 : *Possidere... illis quasi fructus tollendi causa concessum est.*

possidere frui licere (1). Il en fut ainsi, bien que cela ait été contesté (2), dès la conquête. Les jurisconsultes ont cherché plus tard à définir le rapport existant entre les possesseurs des fonds provinciaux et l'État qui perçoit la dîme : ils ont dit que l'État conservait la propriété, tandis que les habitants des provinces n'avaient que la possession et une sorte d'usufruit. En fait cependant, et sauf l'obligation de payer le *vectigal*, ils avaient tous les avantages de la propriété. Leur droit différait de la propriété quiritaire en théorie et dans la forme plutôt qu'en pratique et dans le fond : les modes d'acquérir du droit civil ne s'appliquaient pas aux fonds provinciaux, mais on pouvait employer la tradition; on ne pouvait établir une servitude par mancipation ni par *in jure cessio*, mais on avait recours aux pactes et stipulations ; le droit était sanctionné, non par la revendication, mais par une action spéciale.

Dans quelques cas exceptionnels, certains fonds provinciaux furent assimilés aux fonds italiques, grâce au *jus Italicum*. C'était un privilège concédé par les empereurs à des cités provinciales et presque toujours, sinon exclusivement, à des colonies. Il entraînait l'exemption de l'impôt foncier et l'application des règles qui supposent la propriété quiritaire du sol (3). Les fonds de terre compris dans le territoire de ces cités devenaient *res mancipi*, susceptibles de mancipation et d'usucapion. Le nombre des colonies qui ont obtenu ce privilège est d'ailleurs très restreint : il ne paraît pas avoir dépassé une quarantaine (4).

La distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux perdit une partie de son importance à la fin du IIIe siècle, lorsque Maximien soumit les premiers à l'impôt. Elle disparut lorsque Justinien supprima la division des *res mancipi* et *nec mancipi* et les modes solennels d'acquérir, et fusionna l'usucapion avec la prescription.

§ 4. **Copropriété.** — Deux personnes ne peuvent être propriétaires pour le tout de la même chose : le caractère exclusif du droit de propriété ne le permet pas (5). Mais deux ou plusieurs personnes peuvent avoir la *copropriété* d'une même chose, en vertu soit d'un contrat de société, soit d'un acte juridique qui n'a rien de contractuel (succession, legs), soit même d'un fait accidentel, comme le mélange de deux quantités de blé appartenant à deux propriétaires différents (6).

(1) C'est l'expression déjà usitée, sous la République, pour caractériser le droit des habitants des cités libres provinciales sur les terres qui leur ont été concédées. Loi Antonia *de Termessibus*, 2, 31.

(2) Cf. MOMMSEN, VI, 2, 366; VOIGT, I, 437.

(3) Ces deux points, qui ont été établis par J. Godefroy (ad *C. Th.*, XIV, 13), sont admis par tous les auteurs. La concession du *jus Italicum* entraînait-elle pour les habitants l'application du droit romain? Cf. Ed. CUQ, *Rev. crit. d'hist.*, XX, 343.

(4) PLIN., III, 3, 25; 21, 139; CELS., *D.*, L, 15, 6; GAIUS, *eod.*, 7; PAUL, *eod.*, 8; ULP., *eod.*, 1. Cf. BEAUDOUIN, *La Limitation des fonds de terre*, 1894, p. 113.

(5) CELS., ap. ULP., *D.*, XIII, 6, 5, 15.

(6) Il ne faut pas confondre la copropriété avec la propriété collective : la copropriété est une propriété individuelle, donc exclusive et aliénable. La propriété collective est inaliénable; les actes de disposition qu'elle comporte n'ont trait qu'au mode d'exploitation ou de jouissance de la chose, à la répartition des fruits. Cf. BONFANTE, *Storia*, I, 117, sur l'influence du droit public.

1. Époque classique. — Le droit de chacun des copropriétaires n'est pas différent de celui qui appartiendrait à un propriétaire unique, mais il est limité dans son étendue par le droit égal des autres copropriétaires. Chacun d'eux n'a qu'une part idéale du droit de propriété (1). De là il résulte que si, pour une cause quelconque, l'un des copropriétaires ne peut faire valoir son droit, le droit de l'autre s'exerce dans sa plénitude (2). Il en est de même, à plus forte raison, si le droit du premier vient à s'éteindre. Il y a ici un *jus adcrescendi* (3).

Chacun des copropriétaires peut exercer son droit d'une façon indépendante (4), pourvu qu'il respecte le droit des autres (5). Il peut faire seul tout acte juridique dont les effets sont divisibles : vendre, donner, constituer en dot, hypothéquer sa part dans la chose commune, la grever d'un usufruit, agir en justice (6). Mais il ne peut pas, sans le concours des autres copropriétaires, établir une servitude prédiale au profit ou à la charge du fonds commun : la servitude prédiale est indivisible.

Il ne peut faire sur la chose commune aucun acte matériel sans l'assentiment des autres (7). Il n'a pas même le droit de faire les réparations nécessaires à la chose commune (8). L'opposition d'un seul suffit pour empêcher toute modification aû *statu quo*. Il est de règle que *in pari causa potior est causa prohibentis*. Cette opposition peut être maintenue, même par la force *(per manum)* (9). Il n'y avait, à l'époque classique, aucun moyen de vaincre la résistance ou de faire cesser un abus du droit (10). Ce résultat était de nature à provoquer des rixes entre communistes (11) : mais ils avaient la ressource de mettre fin à l'indivision en demandant le partage (12).

2. Innovations de Justinien. — Justinien a sur ce point modifié

(1) Pap., *D.*, XXXI, 66, 2. Cf. Bonfante, *Corso*, II, 2, 4.
(2) Jul., *D.*, XLV, 3, 1, 4 *in fine*.
(3) Cels., *Vat. fr.*, 79. Cf. Bonfante, *Il jus adcrescendi nel condominio*, 1913.
(4) Jul., *D.*, VIII, 3, 27 : *Par utriusque domini jus*.
(5) Marcel., *D.*, VIII, 5, 11 ...*Quodammodo sibi alienum quoque jus præripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti [ju]re communi velit.*
(6) Diocl., *C.*, IV, 52, 3 ; V, 12, 16 ; Ulp., *D.*, X, 3, 6, 9.
(7) Pap., *D.*, X, 3, 28 : *Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse...*
(8) Gaius, *D.*, VIII, 2, 8 : *Parietem... alterutri... reficiendi jus non est, quia non solus dominus est.* L'opinion contraire, attribuée à Gaius (*D.*, XXXIX, 2, 32), est le résultat d'une interpolation. Cf. Riccobono, *Communio e comproprietà*, 1913, p. 4.
(9) Pap., *loc. cit.* Cette règle a été écartée par mesure administrative dans divers cas, d'après un Sc. rendu sous Marc-Aurèle à l'occasion d'un débordement du Tibre qui avait dévasté une partie de la ville de Rome : les propriétaires furent obligés à consolider les maisons qui menaçaient ruine. Capitol., 8.
(10) Ulp., *D.*, XLIII, 20, 24, 1. Cf. Pomp., *D.*, XLI, 1, 50 ; Ulp., *D.*, IX, 2, 29, 1 : ... *jure suo posse eum (aquæductum) intercidere..., quod hic in suo protexit.* Cf. Bonfante, *Il jus prohibendi nel condominio*, 1913.
(11) Entre copropriétaires on ne peut exercer ni la dénonciation de nouvel œuvre (Lab., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 3, 2), ni l'action négatoire (Jul., *D.*, XXXIII, 3, 4), ni l'action *finium regundorum* (Paul., *D.*, X, 1, 4, 7), ni l'action d'injures Ulp., *D.*, XLVII, 10, 15, 36), ni l'action *de servo corrupto* (Paul, *D.*, XI, 3, 14, 2), ni l'action de la loi Aquilia, si le délit a été commis spontanément par l'esclave commun (Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 1). Sont seules possibles les actions tendant à faire reconnaître le droit de propriété : revendication, publicienne.
(12) Paul., *D.*, VIII, 2, 26 : *Propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.* Cf. Pap., *D.*, XXXI, 77, 20. Le partage n'est pas admis pour les tombeaux de famille : Alex., *C.*, III, 44, 4 pr.

profondément le droit antérieur (1) : il n'a pas hésité à porter atteinte au droit de propriété et à tenir compte de l'intérêt collectif (2). Cet intérêt est tantôt laissé à l'appréciation de la majorité des communistes, tantôt soumis au contrôle des tribunaux.

Les actes matériels de disposition n'exigent plus le consentement unanime des copropriétaires : la volonté de la majorité suffit. Cette majorité se détermine, non pas d'après le nombre des participants, mais d'après la valeur des parts qu'ils ont dans la propriété (3).

Le *jus prohibendi* ne peut s'exercer que judiciairement. L'action *communi dividundo* joue ici le rôle d'une action prohibitoire ; on peut aussi avoir recours au magistrat, mais on ignore sous quelle forme il intervient (4). L'opposition n'est admise en principe que si l'acte projeté n'est pas encore accompli ; dans le cas contraire, le copropriétaire qui ne l'a pas autorisé ne peut demander que des dommages-intérêts. S'il n'a pu faire opposition en temps utile parce qu'il était absent, il peut requérir la destruction des travaux qui lui sont préjudiciables (5).

Lorsque la chose commune a besoin de réparations, chacun des copropriétaires a le droit de faire le nécessaire, et, comme il agit dans l'intérêt de tous, il peut se faire indemniser des avances qu'il a faites, proportionnellement à la part de chacun. Justinien lui accorde l'action *communi dividundo,* et, s'il y a lieu, l'*uti possidetis,* pour vaincre la résistance de l'un des communistes (6). Cet interdit reçoit ici une application anormale, car, en droit classique, il n'a pas d'effet utile entre deux personnes qui ont également la possession (7). De même l'action *c. d.* a, sous Justinien, une fonction nouvelle : elle sert à régler tous les conflits entre communistes, sans que la communauté soit dissoute. C'est ainsi qu'elle est donnée pour les contestations relatives aux fruits de la chose commune, lorsqu'il a été convenu que chacun des copropriétaires les percevrait alternativement pendant un an, et que l'un d'eux refuse de tenir son engagement ou compromet par son fait la récolte de l'année suivante (8).

(1) Les compilateurs ont interpolé systématiquement les textes classiques, comme l'a démontré Riccobono, *op. cit.*

(2) Ulp., *D.* X, 3, 6, 12 : *Si interfuit ædium hoc fieri. D.*, XVII, 2, 65, 5 : *Semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit.* Paul., *D.*, VIII, 2, 26 : *Si modo toti societati prodest opus tolli.* Tous ces textes, exprimant une idée contraire au principe de l'autonomie de chacun des copropriétaires, ont été interpolés. Cette idée n'a pas été entièrement étrangère au droit grec, ni même au droit romain : elle a inspiré une loi d'Alexandrie du IIIe siècle avant notre ère qui a établi une communauté entre les propriétaires riverains d'un canal d'irrigation (*P. Halle*, 1, l. 106-114) ; un article d'un règlement sur l'exploitation des mines du fisc au temps d'Hadrien. Cf. Ed. Cuq, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien*, p. 28.

(3) Ulp., *D.*, XXXIX, 3, 10 : *Iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula dominii præjudicium sociis facere.* Cf. Pap., *D.*, II, 14, 8.

(4) Ce serait, suivant les uns, une action négatoire, suivant les autres, l'action prohibitoire. Cf. Segrè, *Mélanges Girard*, II, 525 ; Riccobono, *op. cit.*, 62.

(5) Pap., *D.*, X, 3, 28 *in fine* ; Paul., *D.*, VIII, 2, 26. Cf. Bonfante, *Corso*, II, 2, 33.

(6) Ulp., *D.*, X, 3, 12.

(7) *D.*, XLIII, 17, 3 pr. : *Neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego.*

(8) Ulp., *D.*, X, 3, 23. D'après ce texte, dont la fin est interpolée, on peut, au lieu de l'action *c. d.*, exercer l'action *civilis incerti*. Cf. Afr., *D.*, XIX, 2, 35, 1, où il est convenu que chacun des copropriétaires sera alternativement locataire du fonds commun pour un an, moyennant un loyer déterminé.

3. Communauté *pro diviso*. — En principe la communauté ne se conçoit pas sans indivision (1). Les Romains n'ont pas admis, comme notre Code civil (a. 664), la division de la propriété des maisons par étages (2), ni par suite une communauté restreinte au toit et au gros mur. On ne peut diviser une maison que dans le sens vertical, en élevant un mur séparatif (3). Dans le sens horizontal, on ne peut avoir qu'un droit de superficie (4) ou de servitude (5). La propriété est refusée au constructeur par application de la règle *superficies solo cedit*. Celui-là même qui bâtit sur le mur de son voisin n'a qu'une servitude (6). La division de la propriété par étages apparaît au Bas-Empire dans quelques provinces orientales, en Syrie (7) et en Palestine (8). Il y en a des exemples en Égypte à la fin du VIe siècle (9).

Il y a un seul cas où une communauté existe entre acquéreurs de parts divises d'un fonds de terre (10). Elle n'a guère d'intérêt qu'en matière de servitude : lorsqu'un fonds dominant est vendu en parcelles, chacun des acheteurs a le droit d'user de la servitude comme si le fonds était commun entre eux (11). On n'applique pas à cette communauté *pro diviso* le Sc. sur l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains : l'aliénation de la part divise appartenant à un pupille n'est pas considérée comme nécessaire; elle doit être autorisée par le magistrat (12).

§ 5. **Propriété conditionnelle.** — Le transfert de propriété par voie de tradition peut être affecté d'une modalité. Mais le droit classique n'a pas laissé toute latitude à la volonté des parties : il admet les modalités suspensives; il exclut les modalités extinctives.

1. Modalités suspensives. — La propriété peut être transférée à partir d'une époque déterminée *(ex die)*. Le terme produit ici un effet plus radical qu'en matière de contrat : il suspend l'acquisition du droit (13). C'est la conséquence du principe que deux personnes ne peuvent pas en même temps être propriétaires pour le tout de la même chose.

La condition suspensive *(conditio ex qua)* produit un effet analogue (14), mais sa réalisation est incertaine et dépend du hasard. Elle

(1) Cels, ap. Ulp., *D.* XIII, 6, 5, 15. Paul, *D.* VI, 1, 8, *i, f.*
(2) Cf. Ed. Cuq, *Une statistique de locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale*, 1915, p. 16.
(3) Ulp. *D.* VIII, 4, 6, 1. Jav. *D.* XXXIII, 3, 4.
(4) Ulp. *D.* XXXIX, 1, 3, 3. Pomp. *D.* XXXIX, 2, 39, 2.
(5) Jul. *D.* XXXIII, 3, 1.
(6) Labéon et Sabinus étaient d'un avis différent : ils considéraient le constructeur comme propriétaire; le mur était grevé d'une servitude d'appui. Cette opinion n'a pas prévalu. (Proc., ap. Pomp., *D.*, XLI, 1, 28) : celui qui construit sur le mur d'autrui ne peut être mieux traité que celui qui bâtit sur le sol d'autrui.
(7) *Syr. Rechtsb.*, éd. Sachau, I, 124. Il en était de même en Chaldée, bien avant Hammourabi. Cf. Ed. Cuq, *Etudes sur les contrats du temps de la 1re dynastie Babylonienne*, p. 458.
(8) Cf. Harménopoule, II, 4, 40.
(9) *P. Munich*, 8, l. 8, 10-13; 9, l. 22, 25-35 (du 30 mai 585).
(10) Paul, *D*, L. 16, 25, 1. Cf. Naber, *Mnemos.*, 1918, p. 118.
(11) Pomp. *D.* VIII. 3, 25: Paul., *eod.*, 23, 3. Cf. Cels., *D.*, VIII, 6, 6, 1.
(12) Ulp. *D.* XXVII, 9, 5, 16. Cf. p. 216.
(13) Pomp., ap. Ulp., *D.*, VII, 9, 9, 2.
(14) Si la condition empêche le transfert de la propriété, elle ne fait pas obstacle au transfert de la possession. On pourrait en douter parce que d'ordinaire le trans-

fait naître au profit de l'acquéreur une *spes adquirendi dominii* qu'il ne dépend pas de l'aliénateur de lui enlever :

a) L'aliénateur ne peut plus disposer de sa chose au préjudice de l'acquéreur. S'il s'agit d'un acte irrévocable tel que l'affranchissement (1), cet acte est nul *ab initio;* sinon, l'acte ne confère qu'un droit soumis à la même restriction que celui de l'aliénateur : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (2). L'hypothèque, consentie par l'aliénateur, n'est pas opposable à l'acquéreur.

b) La mort de l'aliénateur, survenue avant l'accomplissement de la condition, n'empêche pas le transfert de la propriété après la réalisation de la condition (3). Le droit du *tradens* n'est plus entier : l'héritier doit subir les conséquences de l'acte accompli par son auteur. Certains auteurs expliquent ce double résultat par l'idée de rétroactivité (4), mais cette idée ne paraît pas conforme aux textes (5) et conduit à des conséquences qu'ils excluent (6).

2. Modalités extinctives. — La propriété ne peut être transférée pour un temps limité *(ad diem)* : droit perpétuel de sa nature, elle ne comporte pas un terme extinctif. On peut simplement s'obliger à retransférer la propriété à l'échéance du terme (7). Il en fut de même pendant longtemps de la condition résolutoire *(conditio ad quam)*, mais ici l'acte affecté d'une pareille condition se décompose en deux : un acte principal pur et simple; un acte accessoire destiné à mettre à néant, éventuellement, le précédent. L'acte principal, qui tend au transfert de la propriété, est efficace : l'acte accessoire ne produit, d'après les principes généraux, qu'une obligation personnelle (8).

fert de la propriété est la conséquence du transfert de la possession. Mais ce n'est pas une conséquence forcée : tout dépend de la volonté des parties. Cf. Bufnoir *Théorie de la condition*, 390; Glasson, *Étude sur les donations à cause de mort*, 121

(1) Gaius, *D.*, XL, 9, 29, 1; Paul, *D.*, XL, 1, 11; cf. XI, 7, 34.

(2) La règle est exprimée pour le legs conditionnel. Ulp., *D.*, X, 2, 12, 2. Applications dans Ulp., *D.*, XL, 7, 2 pr.; Marc., *D.*, XX, 1, 13, 1.

(3) Jul., *D.*, XXXIX, 5, 2, 5. On a prétendu qu'il y avait eu sur ce point des divergences. Mais le texte cité d'Ulpien (*D.*, XXIII, 3, 9, 1) a été interpolé : la phrase qui le termine est en contradiction avec le commencement. On l'a ajoutée pour appliquer à la tradition ce qu'Ulpien disait de la mancipation faite sous la condition tacite d'un mariage subséquent. On conçoit qu'on ait été plus rigoureux pour un acte qui ne comporte pas de condition expresse : on exige la persistance des éléments requis pour la formation de la mancipation. Cf. Bufnoir, 403.

(4) On invoque ordinairement Pomp., *D.*, XII, 1, 8, qui assimile le *mutuum* conditionnel et le prêt de deniers légués consenti par l'héritier avant l'acceptation du légataire. Dans ce dernier cas, la renonciation du légataire valide rétroactivement le prêt. Donc, dit-on, il doit en être de même dans le premier. Cette conclusion n'est pas fondée. L'assimilation entre les deux cas n'est pas absolue : le *mutuum* conditionnel n'est parfait qu'à l'événement de la condition; si donc l'argent prêté périt fortuitement, les risques sont pour le prêteur; il en est autrement du prêt consenti par l'héritier : ce prêt, en cas de répudiation du légataire, est tenu pour valable *ab initio*. La seule analogie qui existe entre les deux cas, c'est que la confirmation du prêt dépend d'un événement incertain.

(5) Jul., *loc. cit.* : *Ut tunc demum mea fieret cum Seius consul factus esset.* Ulp., *D.*, XXIV, 1, 11 pr.

(6) Nullité de l'aliénation faite par l'acquéreur conditionnel (Ulp., *eod.*, 11, 9). Maintien des actes par lesquels l'aliénateur a acquis un droit réel au profit de la chose Jul., *D.*, VII, 4, 17; Marcel., *D.*, VIII, 6, 11, 1.

(7) Alex., *C.*, IV, 54, 2.

(8) Ces principes apparaissent dans l'aliénation fiduciaire : l'aliénateur n'a, pour recouvrer sa chose, que l'action *fiduciæ directa*. Certes il eût été désirable que la

Au cours du IIe siècle, une doctrine moins rigoureuse se fit jour : on admit, dans un petit nombre de cas, la validité du transfert de la propriété sous condition résolutoire en lui attribuant un effet réel (1). A l'arrivée de la condition, l'aliénateur a, pour réclamer sa chose, l'action en revendication.

Justinien a été plus loin : il admet la validité du transfert temporaire de la propriété dans les donations (2), les legs et les fidéicommis (3). Il admet également que le droit de propriété est résoluble, en ce sens que l'aliénateur peut, à l'événement de la condition résolutoire, exercer une revendication utile (4). En accordant une action utile et non une action directe, il a voulu concilier le principe de la perpétuité de la propriété avec les besoins de la pratique. Il respecte le principe en théorie; il en atténue les effets en donnant à l'aliénateur qui a perdu la propriété une action réelle comme s'il était encore propriétaire. C'est une construction doctrinale imaginée par les jurisconsultes byzantins pour contribuer au progrès du droit. Elle est fondée sur une notion philosophique familière aux Grecs, celle du droit naturel (5), qu'ils opposent à la subtilité des lois (6).

§ 6. **Propriété en suspens.** — La question de savoir qui est propriétaire d'une chose peut dépendre d'un événement fortuit autre qu'un terme ou une condition. Régulièrement tout acte juridique, qui ne peut produire son effet dès le moment de sa conclusion, est nul : c'est l'application du principe de la simultanéité des effets des actes juridiques (7). La jurisprudence a parfois écarté ce principe en disant que le rapport de droit est en suspens. Grâce à cette construction, l'acte ne peut, dès à présent, être déclaré nul; mais lorsque l'élément qui manquait pour son efficacité existera, l'acte sera réputé avoir été parfait dès le jour où il a été conclu : le principe de la simultanéité est respecté.

Cette conception d'une propriété en suspens a été proposée par Julien. Elle a été appliquée : *a*) au cas d'un objet légué *per vindica-*

propriété pût revenir de plein droit à l'aliénateur; les Romains l'avaient si bien senti qu'ils cherchèrent un palliatif dans l'*usureceptio fiduciæ* (p. 443).

(1) Cet effet a été contesté. La question sera examinée à propos de la vente sous condition résolutoire (p. 474).

(2) *C.*, VIII, 54, 2. Le rapprochement de ce texte et de l'original conservé dans *Vat. fr.*, 283, rend l'interpolation évidente. Cf. MICHON, *N. R. H.*, XXXV, 536.

(3) *C.*, VI, 37, 26.

(4) ULP., *D.*, XXXIX, 6, 29 et 30; GALL., *C.* VIII, 54, 1. Sur l'interpolation de ces textes, cf. MANCALEONI, *Contributo alla storia e alla teoria della rei vindicatio utilis*, 1900, p. 31; COLLINET, *Etudes historiques*, I, 176. Les applications les plus importantes de la revendication utile sont dues à Justinien : restitution de la dot (*C.*, V, 12, 30), de la donation entre époux au conjoint donateur (*C.*, V, 13, 1, 5a), des choses données à la fiancée, lorsque le mariage n'a pas lieu (*C.*, V, 3, 15).

(5) *C.*, V, 12, 30 : *Cum eædem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio.* Cf. p. 13.

(6) *Ibid.*, 30, 1 : *Non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* Cf. COLLINET, I, 189. ALBERTARIO, *Ist. Lomb.*, RC., 1925, p. 808.

(7) Ce principe est appliqué par le droit classique à la mancipation et à l'*in jure cessio* (PAP., *D.*, L, 17, 77), à l'acceptilation (ULP., *D.*, XLVI, 4, 13, 9), à la *litis contestatio* (JAV., *D.*, V, 1, 35). à la stipulation d'usufruit par l'esclave d'une hérédité jacente. (PAUL., *Vat. fr.*, 55). Le droit ancien excluait la séparation par un trait de temps, de la cause et des effets de l'acte juridique (p. 123, 1).

tionem, pendant l'intervalle compris entre l'adition et le moment où le légataire prend parti (1); *b*) au croît d'un troupeau grevé d'un usufruit, jusqu'à l'époque où l'usufruitier remplace les animaux qui ont péri (2); *c*) au cas de l'esclave acheté par un *servus fructuarius*, jusqu'à ce qu'on sache si le prix est payé ou non sur le pécule constitué par l'usufruitier (3). Dans tous ces cas, on ignore quel sera le titulaire du droit de propriété. Sera-ce l'héritier ou le légataire, le nu propriétaire ou l'usufruitier? L'incertitude cessera le jour où le légataire prendra parti, où l'usufruitier remplacera les animaux qui ont péri ou fournira l'argent pour payer le prix d'achat.

La propriété en suspens présente des analogies et des différences avec la propriété conditionnelle : au fond, c'est un rapport de même nature, mais dans la première l'incertitude porte sur la personne du titulaire, dans la seconde sur l'acquisition de la propriété. Dans la première, l'incertitude est moindre : il n'y a d'hésitation qu'entre deux personnes, mais l'une d'elles aura sûrement la propriété. Dans la seconde, l'incertitude est absolue : on ignore si jamais la propriété sera acquise. Un pareil état est peu pratique : la jurisprudence jugea nécessaire de le restreindre et, dans certains cas, de le supprimer. Elle l'a restreint dans la condition suspensive en maintenant le *statu quo* jusqu'à l'événement de la condition : l'aliénateur reste propriétaire, mais cesse de l'être si la condition se réalise. Elle le supprime dans la condition résolutoire : l'acquéreur devient immédiatement propriétaire, mais il est tenu de restituer si la condition se réalise.

§ 7. Nue propriété. — Lorsque le propriétaire est privé temporairement de l'usage et de la jouissance de sa chose au profit d'un usufruitier, on dit qu'il a une *nue* propriété (4). Son droit n'est pas modifié dans son essence (5); il est seulement paralysé dans son exercice; il reprend toute son ampleur à l'extinction de l'usufruit (6).

V. Modes d'acquérir la propriété.

On divise les modes d'acquérir la propriété en modes du droit civil et modes du droit des gens, en modes du droit public et modes du droit privé, en modes originaires et modes dérivés.

(1) Jul., *D*, XXX, 86, 2. Intérêt pratique : l'esclave légué *p. v.* peut acquérir entre vifs, être institué héritier ou gratifié d'un legs. D'après les Proculiens (Gaius, II, 195), il serait incapable, parce que sans maître. Les Sabiniens écartaient ce résultat en attribuant au légataire une propriété résoluble, ce qui était contraire aux principes généraux. La solution de Julien a le mérite de concilier les besoins de la pratique avec les principes. Cf. Wlassak, *Sav.*, *Z.* XXXI, 236.

(2) Jul., ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 70, 1 : *Pendere eorum dominium ut, si summittantur sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii*. Pomponius (*eod.*, 69) n'était pas de cet avis : d'après lui, les animaux appartiennent à l'usufruitier dès leur naissance, mais ils cessent d'être sa propriété s'il les emploie à remplacer ceux qui ont péri. Cette solution est doublement critiquable : d'abord parce qu'elle attribue le caractère de fruits à des animaux qui ne resteront peut-être pas à l'usufruitier, puis parce qu'elle aboutit à une propriété résoluble de plein droit (p. 335, 3).

(3) Gaius, *D.*, XLI, 1, 43, 2.

(4) Gaius, II, 30.

(5) Jul., ap. Paul., *D.*, L, 16, 25 pr.

(6) *Plena proprietas* (Pap., *D.*, VII, 4, 2 pr.); *Plenum dominium* (Mod., *D.*, XXXIV, 1, 4 pr.)

1. Les modes du droit civil sont réservés aux citoyens romains; ceux du droit des gens sont accessibles aux pérégrins qui n'ont pas le *commercium*.

2. Les modes d'acquérir du droit public s'appliquent aux biens appartenant au peuple romain. Ceux du droit privé s'appliquent soit à des biens déjà appropriés, soit à des choses qui ne sont à personne (animaux qu'on prend à la chasse ou à la pêche), soit enfin aux produits de la nature (fruits de la terre, croît des animaux) ou aux produits de l'industrie humaine (objets fabriqués).

Les modes du droit public sont la vente *sub hasta*, la vente par les agents du fisc, l'assignation, la loi.

La vente *sub hasta* est un simple pacte conclu entre l'acquéreur et le représentant de l'Etat, ordinairement le questeur. Les clauses sont déterminées à l'avance par le magistrat *(lex contractus)* (1). Le prix est fixé par voie d'enchères publiques. L'adjudication est faite au plus offrant : elle est constatée par une question posée par l'acquéreur, suivie d'une réponse du magistrat *(addictio)*. La vente est dite *sub hasta* parce qu'avant d'y procéder, le magistrat fait planter une lance sur le forum *(hastarium)* ou devant un temple. C'est une façon symbolique d'exprimer que le droit transmis à l'acquéreur est placé sous la protection de la force publique.

La vente *sub hasta* transfère la propriété à l'adjudicataire indépendamment de toute tradition (2) : c'est une particularité du droit public. En droit privé, le simple pacte ne suffit pas pour transférer la propriété. — La vente *sub hasta* a le plus souvent pour objet les meubles pris à l'ennemi, le butin ou les biens des condamnés. Parfois elle s'applique à des immeubles appartenant à l'Etat; mais le Sénat n'a recours à cette extrémité que lorsque le Trésor est vide et que l'État a un besoin pressant d'argent (3).

Sous l'Empire, les biens du fisc peuvent être aliénés par ceux qui ont le *jus distrahendi*. Ici encore, la vente rend l'acheteur immédiatement propriétaire, pourvu que le prix soit payé (4).

L'*adsignatio* est un acte politique consacré par une loi et qui a pour objet l'attribution gratuite, soit à des particuliers, soit à des colons, de parcelles de l'*ager publicus*. De là deux sortes d'assignations : *viritana*, *colonica* (5). Chaque parcelle était limitée par les *agrimensores* suivant

(1) Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 42, 1113. La fig. 3735 représente, d'après un denier de Sulpicius Galba, la vente *sub hasta* d'un prisonnier.

(2) Varr., *R. r.*, II, 10, cite six modes d'acquérir le *dominium legitimum* d'un esclave : l'adition d'hérédité, la mancipation, l'*in jure cessio*, l'usucapion, la vente *sub corona*, la *bonorum sectio* (qui avait lieu *sub hasta*). Le *bonorum sector* avait, pour obtenir la possession, un interdit *sectorium*, analogue à l'interdit *quorum bonorum* : Gaius, IV, 146.

(3) Liv., XXVIII, 46. Cic., *De leg. agr.*, II, 14. La vente confère-t-elle ici la propriété quiritaire? Beaudouin (*Limitation*, 199-205) l'a contesté en invoquant l'analogie avec les *trientabula* donnés par l'Etat en payement à ses créanciers en 554. La raison n'est pas décisive : de ce que l'Etat se trouve dans les deux cas à court d'argent, on ne saurait conclure que le droit conféré est de même nature. Cf. Fournier, *N. R. H.*, XXV, 195.

(4) Ulp., *D.*, XLIX, 14, 5, 1.

(5) La création de l'*ager limitaneus* par Alexandre Sévère fut aussi un acte politique : les concessionnaires ont la charge de défendre les frontières. *Vita*, 58.

des rites déterminés. L'attribution était faite par des magistrats spéciaux *(agris dandis adsignandis)* nommés par le peuple (1). Leur nombre est de trois pour la fondation des colonies; il varie de trois à vingt pour les assignations individuelles (2).

La *loi* est un mode d'acquérir qui s'applique aux cas où le peuple a transformé en propriété privée l'occupation révocable des terres du domaine public.

3. La classification des modes d'acquérir du droit privé en originaires et dérivés est moderne : elle met en relief l'un des caractères les plus utiles à connaître dans toute acquisition de propriété.

L'acquisition est dérivée lorsqu'elle s'appuie sur le droit du précédent propriétaire. L'acquéreur, pour prouver qu'il est propriétaire, doit établir non seulement la régularité de son titre d'acquisition, mais aussi le droit de propriété de son auteur. Les modes dérivés sont la mancipation, l'*in jure cessio,* la tradition, l'adjudication, la loi. — L'acquisition est originaire lorsqu'elle s'applique à une chose qui n'appartient à personne : telle est l'occupation d'une *res nullius ;* tels sont aussi les divers cas d'accession et, suivant certains auteurs, l'usucapion (3). Nous étudierons à part ce dernier mode, qui sert à consolider la propriété acquise d'une manière vicieuse, soit par un mode dérivé, soit par un mode originaire.

§ 1er. Occupation. — L'occupation est le mode d'acquérir propre aux choses qui n'appartiennent à personne *(res nullius)* (4). Cela comprend : *a)* les choses mobilières qui n'ont jamais appartenu à personne : animaux sauvages, oiseaux, poissons; exceptionnellement, parmi les immeubles, les îles qui se forment dans la mer; *b)* les choses déjà appropriées, mais qui sont aujourd'hui sans maître, parce que le propriétaire est mort sans héritier; *c)* les choses prises à l'ennemi par des citoyens agissant isolément. Il ne s'agit pas du butin fait par les soldats et qui doit être remis à leur chef pour être vendu au profit du trésor public (5). Le droit de prise s'exerce même en temps de paix à l'égard des habitants des cités qui ne sont pas unies à Rome par un traité d'alliance ou d'amitié. Ces étrangers ne sauraient invoquer la

(1) Cf. MOMMSEN, IV, 347. L'assignation confère, suivant l'opinion générale, la propriété quiritaire. Beaudouin (*Limitation*, 182) l'a contesté : il se fonde sur ce que la loi agraire de Tib. Gracchus défend aux concessionnaires de vendre leur part et leur impose un *vectigal*. Mais rien ne prouve que ce soit l'application du droit commun et non une exception motivée par le but que se proposait l'auteur de la loi. Voir les observations de P. FOURNIER, *loc. cit.*, 197.

(2) L'assignation a été étendue aux terres des domaines impériaux (*C. I. L.*, VIII, 8812). Elle peut avoir pour objet l'attribution d'un droit autre que la propriété : le *jus patroni* (*D.*, XXXVIII, 4), le *jus aquæ ducendæ ex castello* (*D.*, XLIII, 20, 1, 38), le droit de chercher et d'extraire le minerai dans les mines du fisc *(puteì locus)*. Cf. Ed. CUQ, *Journal des Savants*, 1911, p. 316.

(3) La question est controversée. Le droit de l'acquéreur n'emprunte pas sa valeur au droit du précédent propriétaire : il puise sa force dans une possession prolongée et de bonne foi. Pourtant on y voit ordinairement un mode dérivé, car l'acquéreur doit subir les charges réelles qui grèvent la chose; on traite comme un aliénateur celui qui sciemment laisse usucaper; on applique les règles sur la défense d'aliéner. PAP., *D.*, XLI, 3, 44, 5.

(4) GAIUS, *D.*, XLI, 1, 8 pr. ; 1, 1 ; 7, 3.

(5) CELS., *h. t.*, 51, 1. cf. pour les terres prises à l'ennemi, *D.*, XLIX, 15, 20, 1.

protection de la loi ni pour leur personne ni pour leurs biens.

L'occupation est un acte unilatéral qui consiste à appréhender une chose avec la volonté de se l'approprier. Acte unilatéral, elle diffère de la tradition. Elle lui ressemble en ce que l'acquisition de la propriété est la conséquence de l'acquisition de la possession. L'occupation ne peut donc faire acquérir la propriété quiritaire que pour les choses *nec mancipi;* quant aux *res mancipi,* l'occupation comme la tradition les met seulement *in bonis* jusqu'à l'expiration du délai de l'usucapion (1).

Les conditions requises pour l'acquisition de la propriété par occupation sont les mêmes que pour l'acquisition de la possession (p. 313). Mais cette règle n'a été formulée qu'à l'époque où l'on a précisé la notion de la possession. Jusque-là, il y a eu des divergences dont on trouve la trace au Digeste : Trebatius soutenait que la propriété était acquise dès qu'on s'était mis en mesure de s'emparer de la chose, par exemple lorsqu'un chasseur a blessé à mort un animal. Proculus exige que l'animal soit en mon pouvoir, ce qui laisse au juge une certaine latitude. Les jurisconsultes du IIe siècle appliquent les règles ordinaires sur l'acquisition de la possession (2).

Lorsqu'une chose sans maître se trouve sur un fonds de terre appartenant à un particulier, il faut concilier le droit d'occupation, qui appartient à tous, avec le droit du propriétaire. Celui-ci peut interdire l'accès du fonds au chasseur. Mais le chasseur qui n'a pas tenu compte de la défense n'en est pas moins propriétaire du gibier qu'il a pris (3). Le propriétaire du fonds n'a que la ressource de lui demander des dommages-intérêts, soit par l'action d'injures si le chasseur a pénétré chez lui avec l'intention de l'offenser, soit par l'interdit *uti possidetis* s'il y a eu un trouble possessoire (4).

§ 2. **Accession.** — Il y a accession, en droit moderne, lorsqu'on acquiert une chose en vertu du droit de propriété que l'on a sur une autre (C. civ., 546); l'accession est un mode d'acquérir la propriété. Il n'en est pas de même à Rome, du moins en général. Dans un très petit nombre de cas, les Romains ont attribué à une personne la propriété d'une chose en vertu du droit de propriété qu'elle a sur une autre; mais ils n'ont eu garde de faire une généralisation qui, théoriquement, eût été inexacte. Dans plusieurs cas compris sous le nom d'accession (5), il n'y a pas acquisition de propriété, parce qu'il n'y a pas un objet nouveau que l'on puisse acquérir; il y a seulement accroissement naturel d'une propriété *(agrum augere)* (6). Dans les autres cas, la juris-

(1) Cf. BONFANTE, *Riv. Ital*, t. XVII. Contra, GLUCK-CZYHLARZ, *op. cit.*

(2) Cf. GAIUS, *loc. cit.*, 5, 1; 3, 1.

(3) Lorsque la chasse est réservée, elle peut être considérée comme un fruit du fonds (p. 263).

(4) ULP., *D.*, XLIII, 17, 3, 4.

(5) Le mot *accessio,* dans les textes classiques, désigne l'objet qui a été uni à un autre (ULP., *D.*, XXXIV, 2, 19, 13; 23, 1). La question de savoir quelle est la chose principale et quelle est l'accessoire se résout *ex visu rei* ou *ex usu patrisfamilias* (FLOR., *eod.*, 29; PROC., ap. PAUL, *eod.*, 32, 5). Elle se présente souvent à propos de l'interprétation des legs

(6) POMP., *D.*, XXXII, 16.

prudence admet l'acquisition de la propriété pour une raison d'intérêt général. Appuyée sur la disposition des Douze Tables relative au *tignum junctum*, elle refuse au propriétaire de la chose accessoire le droit de la réclamer lorsqu'elle n'est plus reconnaissable, ou lorsque l'adhérence est telle qu'on ne peut sans dommage la faire cesser. Dès lors, la propriété perdue par l'un profite à l'autre (1). Cette idée reçut d'ailleurs une série d'applications qu'il était difficile de rattacher aux termes de la loi ; on justifie l'acquisition de la propriété en invoquant le droit naturel ou le droit des gens.

L'accession se produit lorsqu'une chose s'incorpore à la chose d'autrui et en fait désormais partie intégrante. Elle a lieu dans trois cas, au profit des riverains d'un cours d'eau; d'un propriétaire foncier; du propriétaire de certains objets mobiliers.

1. Alluvion, avulsion. — L'accession au profit des riverains d'un fleuve n'est possible que si les propriétés riveraines sont des *agri non limitati*. Les limites de ces propriétés varient suivant les modifications du cours de l'eau : tantôt elles s'accroissent insensiblement par voie d'*alluvion* (C. civil, 556-558); tantôt elles se resserrent lorsque la force du courant entraîne une portion de terrain le long d'un autre fonds (C. civ., 559). Dans le cas d'*avulsion*, la propriété n'est pas immédiatement perdue, mais si l'adhérence dure longtemps, si les arbres ont pris racine, il y a accession pour le fonds qui a profité de l'accroissement (2).

2. Lit abandonné; île formée dans un fleuve. — L'accession se produit également quand le fleuve change de cours (3) : le lit abandonné appartient aux riverains les plus proches (4). Il en est de même de l'île qui se forme au milieu d'un fleuve (5) : elle appartient aux propriétaires des fonds situés sur chaque rive. Ce n'est pas une propriété indivise : chacun des riverains a droit à la portion de l'île comprise entre une ligne médiane parallèle aux rives et les deux extrémités de sa propriété sur le bord du fleuve (C. civ., 561). Au IIIe siècle cette règle a été appliquée aux *agri limitati* (6).

(1) Serv., ap. Paul, *D.*, XLI, 1, 26, 1 ; Jul., *D.*, VI, 1, 61 : *Proprietas totius navis carinae causam sequitur.* Cf. sur ce texte Riccobono, *Bull. dir. R.*, VIII, 248.

(2) Gaius, *D.*, XLI, 1, 7, 2; Alf., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 9, 2.

(3) Le fait est fréquent dans le nord de l'Italie. Frontin (50, 10 et 20) cite comme exemple le Pô.

(4) Cels., ap. Pomp., *h. t.*, 30, 1. Cf. sur les difficultés d'interprétation de ce texte et de Gaius (*eod.*, 7, 5), Riccobono, *Nota sulla dottrina R. dell' alveo abbandonato*, 1898. — D'après C. civ. 563, modifié par la loi du 8 avril 1898, les propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours ont droit à une indemnité.

(5) Gaius, *h. t.*, 7, 3; Paul, 29. D'après Labéon, l'île était publique comme le fleuve lui-même (*h. t.*, 65, 4).

(6) La question fut discutée vers le temps de Domitien. D'après Frontin (53, 22), les riverains, qui souffraient du voisinage du fleuve, demandaient comme dédommagement la propriété du lit abandonné; les jurisconsultes objectaient que ces terrains appartenant à l'État ne pouvaient être usucapés. Les riverains obtinrent gain de cause. Dans les *agri limitati*, dit Ulpien (*D.*, XLIII, 12, 1, 7), le lit abandonné est au premier occupant : *certe desinit esse publicus*. Ce changement de doctrine est la conséquence de l'édit de Domitien sur les *subcesiva*. La limitation des terres, concédées par voie d'assignation, avait pour but non seulement de fixer les limites des propriétés, mais aussi de les distinguer des terres qui continuaient à appartenir à l'État (*subcesiva, loca excepta*). Or, au Ier siècle de l'empire, ces sub-

Dans les cas d'alluvion et d'avulsion, il n'y a pas acquisition d'une propriété nouvelle, mais simple accroissement de la propriété qu'on a déjà. Il en est autrement dans les deux autres cas : le lit abandonné d'un fleuve, l'île qui se forme dans un fleuve sont des choses nouvelles susceptibles d'être appropriées : la propriété en est attribuée aux riverains *ratione vicinitatis* (1).

3. Constructions, plantations. — Les constructions et plantations sont considérées comme l'accessoire du sol. Elles appartiennent toujours au propriétaire du sol, alors même qu'elles auraient été incorporées par un tiers : *superficies solo cedit* (C. civ. 552, 553). Il y a lieu, toutefois, de distinguer entre les plantations et les constructions.

La propriété de l'arbre planté dans le terrain d'autrui n'est perdue que lorsque cet arbre a pris racine (2) : à dater de ce moment, la perte de la propriété est irrévocable. Il n'en est pas de même des matériaux qui ont servi à une construction : leur incorporation n'en fait pas perdre définitivement la propriété. Mais le propriétaire ne peut faire valoir son droit que si la maison vient à être détruite; dans l'intervalle, la propriété est éteinte (3).

Le locataire est dans une situation à part et plus favorisée ; on l'autorise à enlever, dès la fin du bail, ce qu'il a ajouté à la maison louée, pourvu qu'il promette de ne rien détériorer et de rétablir les lieux dans leur état primitif. Le même droit appartient au possesseur de bonne foi pour ses plantations et constructions (C. civ. 555). Mais les textes relatifs au *jus tollendi* paraissent interpolés et ne sont probants que pour le droit de Justinien (4).

4. Fruits. — Le mot *fructus* a reçu des acceptions diverses. Anciennement il désignait les produits naturels et périodiques d'un arbre ou, plus généralement de la terre, produits qui servaient à la nourriture de l'homme et des animaux (5). D'après Julien, on appelle fruit le revenu périodique du sol ou de tout autre élément du patrimoine (mines et carrières) (6). Ce qui caractérise le fruit, c'est la périodicité

cesiva furent peu à peu envahis par les propriétaires voisins. Vespasien essaya de faire valoir les droits de l'Etat qu'une longue possession avait fait méconnaître, mais sa décision causa en Italie une émotion telle qu'il fallut en suspendre l'exécution. Un édit de Domitien rassura les possesseurs des *subcesiva :* il les leur concéda comme s'ils les avaient usucapés (Suet., *Dom.*, 9). En permettant aux riverains d'occuper le lit abandonné, la jurisprudence ne fit qu'appliquer aux fleuves l'édit sur les *subcesiva.* Cf. Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, 1897, p. 417.

(1) Pegas., ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 9, 4; Gaius, *h. t.*, 7, 5.

(2) Alf., Nerva, ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 5, 3.

(3) Jul., *eod.*, 59. Gaius pense au contraire que la propriété subsiste, mais que la loi des Douze Tables fournit aux propriétaires de la maison le moyen d'écarter toute réclamation du propriétaire des matériaux. Gaius restreint cette solution au constructeur de bonne foi; le constructeur de mauvaise foi est réputé avoir renoncé à la propriété de ses matériaux (*h. t.*, 7, 10 et 12). Cette distinction a été écartée par Caracalla (*C.*, III, 32, 2). La règle des Douze Tables sur le *tignum junctum* a été maintenue par le droit classique; on l'a étendue aux matériaux non volés.

(4) Lab., *D.*, XIX, 2, 19, 4; Cels., *D.*, VI, 1, 38. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 294.

(5) Jav., *D.*, XXXIIII, 2, 42 : *In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est...* Le croît des animaux n'était pas encore traité comme un fruit, car, même à l'époque classique, on juge utile de le citer à côté des fruits. Paul, II, 17, 7.

(6) Ap. Paul, *D.*, L, 16, 77. Cf. Ulp., *D.*, XXIV, 3, 7, 14; VII, 1, 12 pr.

du profit pécuniaire que l'on retire d'un élément quelconque du patrimoine. Telle est l'idée exprimée par le mot *reditus*. Cette notion, infiniment plus large que la notion antique, prouve que les Romains ont admis la distinction du capital et des revenus au point de vue juridique comme au point de vue économique (1); ils n'en sont pas restés à la conception des fruits considérés comme produits organiques d'une chose.

Les produits naturels de la terre ne sont pas toujours des fruits : les arbres sont des fruits quand ils sont compris dans une coupe réglée; s'ils ont été abattus par le vent, ils font partie du capital (2). De même les enfants d'une esclave ne sont pas des fruits, bien que ce soient des produits naturels (3).

A l'inverse, on attribue le caractère de fruits : *a)* à des choses qui ne sont pas des produits organiques du sol, le gibier pris à la chasse, le miel (4). La seule condition, c'est que le miel, le produit de la chasse, soit considéré comme le revenu du fonds; *b)* aux revenus que l'on tire d'une chose en vertu d'un contrat; c'est ce qu'on appelle aujourd'hui fruits civils (C. civ. 584) : le loyer d'une maison ou d'un fonds de terre (5), le fret d'un navire, les intérêts des créances (6).

Les diverses acceptions du mot fruit qui viennent d'être signalées présentent un trait commun : elles comprennent la totalité du revenu périodique de la chose, le revenu *brut*. Le mot fruit désigne aussi le revenu *net*, déduction faite des impenses (7). Cette nouvelle acception apparaît dans les écrits de Labéon et de Sabinus. Les impenses dont le montant était déduit de la valeur des fruits furent d'abord celles que l'on avait faites pour la production, la récolte et la conservation des fruits, par opposition à celles qui étaient faites pour le fonds lui-même (8). Plus tard on y comprit toutes les dépenses qui reviennent périodiquement, telles que les frais de transport, les impôts (9). C'est dans la matière du régime dotal, pour le règlement des rapports des époux quant à la restitution de la dot, que la jurisprudence a senti la nécessité de cette nouvelle acception du mot fruit. Elle l'a ensuite appliquée aux rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire (10).

a) Acquisition des fruits par le propriétaire. — La question de l'acquisition des fruits ne peut se poser tant qu'ils sont encore pendants : les fruits pendants sont une partie intégrante du fonds (11). Une fois

(1) Cicéron *(ad Att., XVI, 1)*, énumérant les revenus de ses propriétés, cite à côté des récoltes de ses terres les loyers de ses maisons (*fructus insularum)*.
(2) Ulp., *D.*, XXIV, 3, 7, 12; cf. Lab., *D.*, VII, 1, 12 pr. C. civ., 590-592.
(3) C'est l'opinion qui a prévalu sous l'influence de Brutus (*D.*, VII, 1, 68 pr.).
(4) Jul., *D.*, XXII, 1, 26; Ulp., *D.*, XXXIII, 7, 10; 12, 12.
(5) Paul., *D.*, XXII, 1, 38, 13; Ulp., *D.*, XLII, 5, 8, 2; V, 3, 29; XXII, 1, 34.
(6) Pap., *D.*, VI, 1, 62 pr. : *Vectura... non natura pervenit, sed jure percipitur.* D'après Pomponius (*D.*, L, 16, 121) les intérêts ne sont pas des fruits, mais c'est là un vestige de la conception antique comme le prouve la fin du texte : *Quia non ex ipso corpore sed ex alia causa est.*
(7) Diocl., *C.*, VII, 51, 1. Lab., ap. Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 9.
(8) Sab., ap. Paul, *D.*, V, 3, 36, 5.
(9) Ulp., *loc. cit.* Paul, *D.*, XXV, 1, 15.
(10) Cels., ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 7, 2.
(11) Pomp., *D.*, XIX, 1, 40; Gaius, *D.*, VI, 1, 44; Venul., *D.*, XLII, 8, 25, 6.

séparés, ils forment une chose nouvelle susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété. On les considère, non comme une *res nullius*, mais comme un accessoire de la chose frugifère; ils appartiennent au propriétaire de cette chose, comme un prolongement de son droit de propriété (C. civ. 547). Il y a droit *jure corporis*, non *jure seminis*. Par suite l'enfant né d'une esclave appartient au propriétaire de la mère; les fruits séparés appartiennent au propriétaire de la chose frugifère, alors même qu'il ne la possède pas, et qu'il n'a ni semé ni récolté (1).

Dans certains cas, cependant, les fruits appartiennent à un autre qu'au propriétaire : *a*) en cas de bail à ferme ou de colonat partiaire. Le fermier ou le colon acquiert les fruits en les percevant *voluntate domini*, donc par tradition (2). Il y a ici les deux éléments essentiels à toute tradition translative de propriété : un fait matériel d'appréhension *(percipere)*, la volonté de l'aliénateur *(animus transferendi dominii)*. Cette volonté résulte du contrat par lequel le bailleur s'est engagé à faire jouir le preneur. Si le bailleur change d'idée, si, par exemple, il expulse le preneur, celui-ci cesse d'acquérir les fruits; il n'a droit qu'à une indemnité pour défaut de jouissance; *b)* lorsqu'un tiers a sur la chose un droit réel de jouissance comme l'usufruitier, il acquiert les fruits indépendamment de la volonté du propriétaire, mais à la condition de les percevoir. (p. 335).

La théorie qui attribue les fruits au propriétaire à titre d'accessoire a été formulée au IIe siècle par Julien. Anciennement les fruits d'un champ abandonné par son propriétaire étaient attribués à celui qui le cultivait *(pro cultura et cura)*. Cette règle s'appliquait aux fruits *industriels*, qui exigent le travail de l'homme; ils appartenaient au possesseur dès l'instant de leur séparation. Il y avait là une acquisition analogue à celle qui se produit en cas de spécification (3). Les fruits *naturels*, au contraire, qui viennent sans culture, pouvaient être revendiqués par le propriétaire du fonds tant qu'ils existaient en nature, à moins qu'ils n'eussent été usucapés.

b) Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. — Au IIe siècle de notre ère, une idée nouvelle se fait jour : l'acquisition des fruits n'est plus la compensation des soins donnés à la culture; c'est l'un des avantages que confère la possession. Le possesseur est, quant aux fruits, assimilé au propriétaire; il en acquiert la propriété dès qu'ils sont séparés de la chose frugifère. C'est la conséquence du rapprochement établi entre la possession et la propriété; dès lors, il n'y a plus lieu de distinguer entre les fruits industriels et les fruits naturels.

Tous les possesseurs n'ont pas droit aux fruits : on distingue les possesseurs de bonne et de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi est quant aux fruits *pœne loco domini* (4). L'assimilation du possesseur au propriétaire se justifie par une raison d'équité : les fruits sont consi-

(1) JUL., *D.*, XXII, 1, 25, 1.
(2) JUL., ap. AFRIC., *D.*, XLVII, 2, 62, 8; ULP. *D.*, XXXIX, 5, 6. En sens contraire, KARLOWA, II, 420. DEBRAY, *N. R. H.*, XXXIII, 666.
(3) POMP., *D.*, XXII, 1, 45; *Inst.*, II, 1, 35.
(4) PAUL, *D.*, XLI, 1, 48 pr. Cf. C. civ., 549.

dérés comme le revenu de la terre; or, la destination des revenus est d'être dépensés. Celui qui, de bonne foi, a possédé un fonds dont il se croyait propriétaire, a réglé ses dépenses d'après ses revenus, il a vécu plus largement *(lautius vixit)* (1). Il serait inique de l'obliger, lorsque le propriétaire revendique, à rendre des revenus dont il a fait emploi. Sans doute, le propriétaire du fonds va subir une perte, mais c'est la peine de sa négligence; il a eu tort de laisser la chose aux mains d'un tiers. Bien différente est la situation du possesseur de mauvaise foi : il ne peut conserver les fruits au préjudice du propriétaire. Ce serait un enrichissement injustifié (2).

Le possesseur de bonne foi a donc seul droit aux fruits; il les gagne, comme le propriétaire, dès l'instant de la séparation. On remarquera qu'ici la bonne foi suffit : il n'est pas nécessaire qu'elle soit appuyée sur une *justa causa.* D'où il suit qu'on peut acquérir les fruits d'une chose qu'on ne peut usucaper (3). A l'inverse, il y a des cas où l'on peut acquérir la propriété par usucapion, alors qu'on ne peut plus acquérir les fruits : l'acquisition des fruits résulte, non pas d'un fait unique, comme l'acquisition de la propriété, mais d'une série de faits distincts les uns des autres. Aussi le possesseur ne gagne-t-il les fruits que tant qu'il est de bonne foi : telle est l'opinion exprimée par Paul. Elle n'était pas encore admise au siècle précédent : Julien attribue les fruits à l'acheteur de bonne foi tant qu'il n'est pas évincé (4).

c) Distinction des fruits existants et des fruits consommés. — La règle sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi a été modifiée à une époque qu'on ne peut déterminer avec précision (5). Désormais, le possesseur de bonne foi ne gagne que les fruits consommés : il doit rendre les fruits existants. Cette innovation a été vivement critiquée : on conçoit difficilement que l'acquisition des fruits dépende d'un fait accidentel et postérieur à la séparation ; il est, d'autre part, peu pratique de laisser la propriété des fruits en suspens tant qu'ils ne sont pas consommés.

5. Soudure, écriture, peinture. — Lorsque deux choses mobilières, appartenant à des propriétaires différents, ont été unies par le fait d'un seul, le propriétaire de la chose principale devient propriétaire de la chose accessoire. On a, par exemple, adapté à une statue un pied ou une main, à une voiture une roue, à une coupe un fond ou une anse au moyen d'une soudure; on a fixé une pièce de bois à un navire, cousu de la pourpre sur un vêtement (6). Dans ces divers cas,

(1) Marcel., ap. Ulp., *D.*, V, 3, 25, 12; Ulp., *eod.*, 25, 16.
(2) Pomp., ap. Paul., *D.*, XLI, 1, 48, 1.
(3) *Ibid : Hoc enim ad jus, id est capionem, illud ad factum pertinere.*
(4) Paul., *loc. cit.*, 48 pr.; Jul., *D.*, XXII, 1, 25, 2. Cf. C. civ., 550.
(5) La difficulté vient surtout de deux constitutions : l'une de Dioclétien qui consacre la règle nouvelle (*C.*, III, 32, 22), l'autre de Valentinien et Valens qui reproduit l'ancienne (*C. Th.*, IV, 18, 1). Peut-être la constitution de Dioclétien s'appliquait-elle à la pétition d'hérédité et non à la revendication (cf. Czyhlarz-Girard, p. 563, qui considère les textes classiques comme interpolés). Ce qui est certain, c'est que la règle nouvelle a prévalu sous Justinien (*Inst.*, II, 1, 35).
(6) Paul., *D.* VI, 1, 23, 4 : *Mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit.* D'après *Inst.*, II, 1, 26, le propriétaire de la pourpre a l'action *furti* s'il y a eu vol, et même la *condictio furtiva*. Les rédacteurs ont oublié qu'il n'y a pas ici

la propriété n'est pas définitivement perdue pour le propriétaire de la chose accessoire, car cette chose garde son individualité et peut être séparée de la chose principale : le propriétaire de la chose accessoire peut en exiger la séparation (C. civ. 565-569.)

Il en est autrement lorsqu'on a réuni deux objets en métal en les forgeant : ces objets forment désormais un seul tout qui appartient au propriétaire de la chose principale, si on peut la déterminer; sinon la chose reste indivise (1).

Celui qui écrit sur du papier ou du parchemin appartenant à autrui ne devient pas propriétaire du manuscrit (2): il n'a que la faculté de se faire indemniser en opposant au revendiquant l'exception de dol.

Le tableau, peint sur la planche d'autrui, est soumis à une règle spéciale. Justinien en attribue la propriété à l'artiste, sous le prétexte que l'œuvre d'un Apelle ne saurait être l'accessoire d'une planche sans valeur. Cette distinction entre la peinture et l'écriture avait été admise au temps de Gaius, non sans résistance (3). Justinien aurait dû, s'il avait été conséquent avec lui-même, attribuer à l'écrivain la propriété de l'œuvre consignée sur le parchemin d'autrui.

§ 3. **Spécification.** — Il y a spécification (4) lorsque, avec une matière appartenant à autrui (5), on fabrique une chose d'une forme nouvelle *(species nova)*, par exemple avec du marbre une statue, avec des raisins du vin, avec des olives de l'huile, avec de la laine un vêtement (6). Il faut, d'ailleurs, que le travail n'ait pas eu lieu en vertu d'un accord préalable avec le propriétaire de cette matière.

La transformation subie par la matière a-t-elle une influence sur le droit de celui à qui elle appartenait ? La question fut discutée entre Sabiniens et Proculiens. Les premiers soutenaient que la matière constitue la substance des choses : la propriété doit subsister quelle que soit la forme donnée à la matière. Pour les Proculiens, ce qui est décisif c'est la forme et la destination de la chose : si elles changent, la chose change également (7); un objet nouveau prend la place de celui qui existait précédemment : il appartient au spécificateur. Tandis que les Sabiniens ne tenaient compte que de la matière, les Proculiens pensaient que le travail mérite d'être protégé. On conçoit qu'à une époque où le développement économique est peu avancé, on ait donné la

res exstincta et que l'action *ad exhibendum* est possible. Ulp., *D.*, X, 4, 7, 2. Cf. Arno, *Mélanges Girard*, I, 27.

(1) Cass., ap. Paul, *eod.*, 23, 5. Proc. ap. Pomp., *D.*, XLI, 1, 27, 2. Dans les cas où le propriétaire de la chose accessoire ne peut la revendiquer, on lui accorde une action *in factum* pour se faire indemniser.

(2) Jul., ap. Ulp., *D.*, X, 4, 3, 14 ; Gaius, II, 77.

(3) Paul, *D.*, VI, 1, 23, 3. *Inst.*, II, 1, 34. Gaius, II, 78, accorde au propriétaire de la planche une action utile pour se faire indemniser.

(4) Le mot spécification, de *speciem facere*, a été forgé par les modernes.

(5) La question se pose également en matière de legs lorsque le testateur a transformé la chose léguée : s'il y a une *nova species*, le légataire ne peut la réclamer. Marcel., *D.*, XXXIV, 2, 6, 1 ; Paul, *D*., XXXII, 88, 1.

(6) Il n'y aurait pas spécification si l'on avait teint avec de la pourpre la laine d'autrui (Lab., ap. Paul, *D.*, XLI, 1, 26, 3), ou battu des épis pour en faire sortir le blé (Gaius, *eod.*, 7, 7 *in fine*). Il n'y pas ici, à vrai dire, une *species nova*.

(7) Sur les idées philosophiques qui ont inspiré les deux écoles, cf. Sokolowski, *Sav. Z.*, XVII, 242.

prépondérance à la matière ; mais à mesure que la valeur du travail est plus appréciée, ses droits grandissent et sont pris en considération par la loi (1).

Au cours du IIe siècle, une opinion intermédiaire s'est fait jour : si la chose peut être ramenée à sa forme antérieure, elle appartient au propriétaire de la matière, sinon au spécificateur (2). Cette opinion, bien qu'elle ait été consacrée par Justinien, est peu satisfaisante (3) : elle fait dépendre d'un fait accidentel la solution de la question ; elle ne tient pas compte de la valeur peut-être considérable que le travail de l'artiste a donnée à la chose (4). Quoi qu'il en soit, il y a là une restriction à l'acquisition de la propriété par spécification. Les jurisconsultes du IIIe siècle paraissent en avoir admis une autre : la bonne foi. La loi ne saurait, en effet, protéger le travailleur de mauvaise foi (5).

Dans les cas où la propriété de la *nova species* est au spécificateur (6), le propriétaire de la matière a-t-il droit à une indemnité en raison de la perte qu'il subit ? S'il a été victime d'un vol, il a l'action *furti* et la *condictio furtiva ;* il a même, depuis l'époque où la bonne foi a été exigée pour l'acquisition de la propriété, la revendication (7). Que si la chose n'a pas été volée (8), ou si le spécificateur a été de bonne foi, la propriété semble perdue sans compensation : le propriétaire de la matière subit la peine de sa négligence (9).

§ 4. Confusion, mélange. — Lorsque les choses mobilières réunies accidentellement en une seule masse sont des quantités et non des corps certains, il n'y a plus ni principal ni accessoire, car les quantités de même espèce sont équivalentes entre elles. Alors, de deux choses l'une : ou il y a eu confusion de liquides, et dans ce cas chacun des

(1) Certains interprètes ont contesté que la propriété de la *species nova* ait été attribuée au spécificateur, en raison de son travail ; il en deviendrait propriétaire par voie d'occupation, comme d'une *res nullius*. Cette manière de voir semble trouver un appui dans un passage où Gaius (*l. c.*) rapporte la raison invoquée par Nerva et Proculus (*Putant hunc dominum esse qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat*). Mais le raisonnement que Gaius prête à ses adversaires n'est pas exact, sans quoi la propriété n'aurait pas nécessairement appartenu au spécificateur : elle aurait été au premier occupant. *Inst.*, II, 25, 1, prouve que les Romains tenaient compte ici de la valeur du travail : *operam suam dedit*.

(2) Gaius, *loc. cit.* ; Pomp., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 5, 1. D'après Ferrini, *Bull. dir. R.*, II, 182, 231, le premier texte serait interpolé ; le second exprimerait une doctrine Proculienne et ne serait pas exempt d'altération. Mais la même doctrine se retrouve dans Paul., *D.*, XLI, 1, 24.

(3) Elle est écartée par C. civ., 570, 571, qui donnent une autre solution.

(4) Justinien (*Inst.*, II, 1, 25) paraît écarter cette distinction dans le cas où le spécificateur a utilisé pour partie une matière qui était à lui. Cf. C. civ., 572.

(5) *D.*, X, 4, 12, 3. Ici encore on a prétendu que ce texte est interpolé. Mais si l'on supprime le passage relatif à la mauvaise foi, on met Paul en contradiction avec lui-même, puisqu'il attribuerait la chose au propriétaire de la matière alors qu'elle ne peut revenir à sa forme antérieure.

(6) Dans le cas inverse, le spécificateur peut-il réclamer la plus-value qu'il a donnée à la chose ? Aucun texte ne prévoit cette hypothèse.

(7) Paul., *D.*, XLI, 3, 4, 20 ; Ulp., *D.*, XLVII, 2, 52, 14.

(8) Le mot vol est pris ici dans un sens large : il comprend même le vol avec violence. Gaius, II, 79, autorise la *condictio furtiva* contre d'autres possesseurs que les voleurs.

(9) Jhering, *Œuvres choisies*, I, 307. Rien ne prouve qu'il ait eu une *condictio sine causa*. Gaius, *D.*, XXIV, 1, 30, accorde bien une action utile, mais seulement dans les rapports entre époux.

propriétaires acquiert la copropriété d'une part correspondant à la quantité qui lui appartenait au moment de la confusion (1) ; ou il y a eu mélange de corps solides qu'on ne peut aisément séparer les uns des autres, comme des grains de blé, et dans ce cas chacun des propriétaires peut réclamer la propriété d'une quantité égale à celle qu'il avait antérieurement : il n'y a pas indivision (2). — Il en est autrement pour les pièces d'argent, lorsqu'elles ont été mélangées de manière qu'on ne puisse les reconnaître, celui qui les possède en a la propriété exclusive, mais il est débiteur d'une quantité égale à celle qu'il a acquise (3).

§ 5. **Transfert conventionnel de la propriété.** — A l'époque classique, il y a trois modes de transfert conventionnel de la propriété : la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition. Les deux premiers sont des modes solennels consacrés par le droit civil ; le troisième est un mode non solennel du droit des gens. Les deux premiers sont des *actus legitimi* qui ne comportent aucune modalité expresse : la tradition peut être affectée d'une condition. La tradition n'est possible que pour les choses corporelles : la mancipation et l'*in jure cessio* s'appliquent à certaines choses incorporelles (4).

Le principe du droit romain en cette matière est que l'accord des parties ne suffit pas pour transférer la propriété. Il faut que cet accord se manifeste soit en la forme solennelle de la mancipation ou de l'*in jure cessio*, soit sans aucune formalité, par une simple tradition (5). Deux éléments sont donc nécessaires : l'un intellectuel, l'autre formel ou matériel. C'est ce que les anciens commentateurs exprimaient en distinguant le *titulus* et le *modus adquirendi*. Le *titulus*, vente ou donation, ne confère qu'un droit de créance à l'acheteur ou donataire. Le vendeur ou donateur conserve la propriété jusqu'à la tradition qui est le *modus adquirendi* (6). C'est là une différence profonde avec le principe posé par l'article 1138 du Code civil : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite... »

L'innovation, consacrée par le Code civil, ne constitue pas un progrès : elle a simplifié les conditions requises pour le transfert de la propriété, mais cette simplification n'a été obtenue qu'aux dépens de la sécurité des tiers. Les formes solennelles requises par le droit romain

(1) Pomp., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 3, 2. Paul, *eod.*, 4 ; *Inst.*, II, 1, 27.

(2) *Inst.*, II, 1, 28. Pomp., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 5 pr. Cf. C. civ. 573.

(3) Cette règle a été introduite par l'un des chefs de l'école sabinienne, G. Cassius Longinus (Jav., *D.*, XLVI, 3, 78.)

(4) La tradition ne permet pas à l'aliénateur de retenir une servitude (Paul., *Vat. fr.*, 47 a) : de la possession qu'il transmet, il ne peut déduire une chose non susceptible de possession.

(5) Diocl., *C.*, II, 3, 20 : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.*

(6) Entre deux personnes qui ont acheté une même chose, on préfère celle qui, la première, a reçu tradition. Diocl., *C.*, III, 32, 15 pr. : *Cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Cf. Hoffmann, *Die Lehre von titulus und modus acquirendi*, 1873.

avaient l'avantage de donner au transfert de propriété une certaine publicité : l'acte avait lieu en présence de témoins, ou par-devant le magistrat sur la place publique; la tradition elle-même, bien que dépourvue de toute solennité, avertissait les tiers du changement de propriétaire. Rien de pareil dans le système du Code civil : l'acquisition de la propriété est indépendante de l'acquisition de la possession. Ce système a paru si dangereux qu'un demi-siècle après la promulgation du Code, la loi du 23 mars 1855 a établi une formalité destinée à assurer la publicité des actes entre vifs translatifs de propriété immobilière : la transcription de l'acte sur les registres du conservateur des hypothèques. La législation romaine a donc été bien inspirée en maintenant le principe que le simple consentement est insuffisant pour opérer le transfert de la propriété.

Justinien l'a cependant abandonné dans une certaine mesure; il a fait des concessions à la coutume des pays de civilisation grecque. Chez les Grecs, le transfert de propriété résultait d'une déclaration consignée dans un acte écrit enregistré. Justinien, sans écarter formellement la nécessité de la tradition, a consacré, dans certains cas, le principe du droit grec. Il a pensé concilier les deux systèmes opposés en disant que la déclaration écrite équivalait à la tradition. C'est ce que les auteurs modernes appellent une *tradition feinte;* mais ils ont donné à cette notion une portée trop large en y faisant rentrer des cas où la possession est transmise sans aucune fiction. Dans les cas où la tradition s'applique à une chose présente (1), les classiques ont simplifié les conditions requises pour l'acquisition du *corpus;* ils n'ont pas supprimé la tradition : remise des clefs d'un grenier ou d'un cellier, appréhension *oculis et affectu*, apposition d'une marque, établissement d'un gardien, dépôt de la chose dans la maison de l'acheteur, constitut possessoire (2). (p. 317) (2).

Bien différents sont les cas où la tradition est fictive : la présence de la chose n'est plus nécessaire (3); la propriété est transférée sans que l'acquéreur soit mis en possession. C'est une dérogation au droit antérieur : Justinien l'a admise en matière de donation et dans quelques cas relatifs à la vente (4). Il considère comme équivalant à la tradition la remise des titres de propriété, ou même simplement la souscription de l'acte de donation par le donateur (5), la clause de réserve d'usufruit, le payement des impôts, la déclaration au cens (6). Pour les donations ou ventes aux églises et aux fondations charitables, la propriété est transférée par le seul consentement (p. 120, 2).

Le système du transfert de propriété sans tradition, depuis longtemps

(1) PAUL., *D*. XLI, 2, 1, 21.

(2) PAP., *D*., XVIII, 1, 74; CELS., *D*., XLI, 2, 18, 2; PAUL., *D*., XVIII, 6, 14, 1; ULP., *D*., XXIII, 3, 9, 3; VI, 2, 9, 1.

(3) RICCOBONO (*Sav. Z.*, XXXIII, 259) a mis en lumière cette distinction; il a fait observer que la plupart des textes interpolés sont dans *C*., VIII, 53.

(4) GAIUS, *D*., XLI, 1, 9, 6; ALEX. SEV., *C*., IV, 48, 2. On ne suppose pas ici que la remise des clefs a lieu *apud horrea*. Riccobono y joint le cas de *communicatio rerum* dans la société de tous biens, la quasi-tradition des servitudes.

(5) *C*., VIII, 53, 1; 10; 20. V. cep. BONFANTE, *Corso*, II, 2, 170.

(6) *Ibid.*, 28; 35, 5; 4; 7; 8.

usité dans les provinces grecques de l'Empire, particulièrement en Égypte, aurait présenté les mêmes dangers que celui de notre Code civil si l'on n'eût organisé, pour les mutations de propriété immobilière, un mode de publicité analogue à celui de la loi du 23 mars 1855. Il existait, en Egypte, des registres (βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων) où l'on conservait les déclarations écrites (ἀπόγραφαι) des nouveaux propriétaires et des acquéreurs de droits réels. On y conservait également les rôles nominatifs (διαστρώματα) contenant l'indication des biens appartenant à chaque personne et des droits réels qui les grèvent. Ces rôles étaient dressés dans l'intérêt des tiers aussi bien que dans l'intérêt du fisc (1).

§ 6. **Mancipation.** — La mancipation est un mode solennel d'acquérir les choses *mancipi*. Elle consiste à appréhender la chose en déclarant qu'on entend l'acquérir conformément au droit des quirites, et en payant le prix convenu. L'acte doit s'accomplir en présence de témoins et d'un porte-balance (2).

L'élément principal de la solennité est celui dont l'acte tire son nom : l'appréhension *(manu capere)*. On l'exige avec une telle rigueur qu'on ne peut, par une seule mancipation, acquérir plus de choses qu'on n'en peut maîtriser avec la main. La mancipation ne peut donc s'appliquer régulièrement qu'aux meubles tels que les esclaves, les bêtes de trait ou de somme. Lorsque par la suite on put librement disposer des immeubles, on modifia la règle : on supprima l'appréhension (3) et par une conséquence logique, on permit de manciper l'immeuble sans se transporter sur place. Si l'*in jure cessio* avait été, dès cette époque, un mode d'acquérir la propriété de toute espèce de choses, on n'aurait pas introduit dans la solennité de la mancipation une modification aussi importante.

La mancipation a lieu devant au moins cinq témoins citoyens romains et pubères. Leur présence sert à la publicité de l'acte. Les témoins s'engagent à venir, en cas de besoin, certifier en justice l'accomplissement régulier de l'acte auquel ils ont assisté (4).

L'intervention d'un porte-balance dénote une époque où l'usage de la monnaie était encore inconnu, où l'on se servait, pour les échanges,

(1) C'est un des plus importants renseignements fournis par les papyrus gréco-égyptiens. *P. Oxy.*, II, 237. Cf. DARESTE, *Nouv. études*, 1902, p. 199 ; MITTEIS, *Grundzüge*, I, 90; II, nos 192-223, qui considère la βιβλιοθήκη comme un livre foncier. Il y a sur ce point des divergences (PREIZIGKE, *Klio*, XII, 402). Le doute vient de ce qu'on inscrivait sur les registres les ventes d'esclaves (WESSELY, *Studien zur Paläographie und Papyruskunde*, 1913, XIII, 1) et certaines immunités (*P. Berlin*. 1073; *Oxy.*, 1264) : *jus liberorum*. Cf. H.-I. BELL, *Arch. Pap.*, VI, 103.

(2) ULP., XIX, 3; GAIUS, I, 121. Il y avait en outre un *antestatus*, chargé de convoquer les témoins et le *libripens* et de les inviter à remplir leur rôle (*C. I. L.*, VI, 10239, 10241, 10247). Sous l'Empire, on a simplifié les formes des actes juridiques ; l'*antestatus* se confond avec l'un des témoins. *P. Berlin*, 326. Cf. MITTEIS, *Privatrecht*, I, 295, 308.

(3) ULP., XIX, 6; CIC., *ad Att.*, XIII, 50, 2. On n'exige même pas un simulacre d'appréhension, comme pour la revendication. GAIUS, IV, 17 et I, 121; IV, 131.

(4) GAIUS, II, 104; PAUL, III, 4a, 4. Sont incapables d'être témoins les muets (ULP., XX, 7), les femmes (exception dans GELL., VII, 7), les impubères (GAIUS, I, 29), les prodigues (ULP., *D.*, XXVIII, 1, 18 pr.), les castrats (VAL. MAX., VII, 76), ceux qui à titre de peine ont été déchus de ce droit (p. 109, 1).

de lingots de cuivre, dont il fallait vérifier le poids (1). La mancipation est une application de l'acte *per æs et libram*, la seule forme d'acte juridique admise aux premiers siècles de Rome.

1. Caractère originaire de la mancipation. — La mancipation fut, dans le principe, une vente réelle, au comptant. Trois faits le prouvent : l'emploi d'une balance ; la présence d'un *libripens* ; l'usage de compter, une par une, de la première à la dernière, les livres de métal placées sur la balance (2). Ainsi constituée, la mancipation ne convenait ni à la vente à crédit, ni à l'échange, ni à la donation, ni à la constitution de dot.

Certains auteurs, considérant ce résultat comme inadmissible, ont prétendu que la mancipation fut, à l'origine, comme à l'époque classique, une vente imaginaire. Mais il ne faut pas perdre de vue l'état social des premiers habitants de Rome : la vente à crédit devait être peu usitée, comme chez la plupart des peuples antiques (3) ; l'échange n'était pas encore sanctionné par la loi (p. 503) ; les donations n'étaient pas dans les habitudes des Romains, sauf entre parents ou *gentiles* et, dans ce cas, elles avaient lieu sans formalités. Quant à la constitution de dot, elle devait avoir pour objet du bétail.

2. La mancipation, vente imaginaire. — La mancipation a cessé d'être une vente réelle lorsque vers la fin du ve siècle (486), on commença la frappe de la monnaie d'argent (4). Les sesterces ayant une valeur fixe, on les comptait au lieu de les peser. Dès lors l'emploi de la balance devint une simple formalité. Mais le payement effectif du prix est resté pendant longtemps la condition du transfert de la propriété, toutes les fois que la mancipation avait lieu en exécution d'une vente (5). Cf. p. 474, 1.

La mancipation a reçu des applications nouvelles conformes à son caractère d'acte imaginaire : elle sert à faire une donation, une aliénation fiduciaire à titre de gage ou de dépôt. Elle a reçu également des applications anormales en matière d'adoption, de *coemptio*, d'émancipation, de testament.

3. Effets. — La mancipation produit quatre effets :

(1) Gaius, I, 119 ; Gell., XV, 13 ; diptyque de Pompéi (*Sav. Z.*, IX, 63).

(2) Gaius, I, 122 ; III, 174 ; Liv., VI, 14.

(3) En cas de nécessité, on combinait la mancipation avec le prêt : l'aliénateur prêtait à l'acquéreur le prix de la mancipation. Il en était de même à Babylone. Cf. Ed. Cuq, *Études sur les contrats de l'époque de la 1re dynastie Babylonienne*, 1910, p. 443.

(4) La fabrication de la monnaie de cuivre remonte au moins au temps des décemvirs. Elle ne rendit pas inutile l'emploi de la balance parce que l'unité du système monétaire, l'as, ne correspondait pas toujours à l'unité de poids, la livre. Pour mettre la monnaie romaine en rapport avec le système monétaire des peuples qui entretenaient avec Rome des rapports commerciaux, tels que les habitants de la Sicile, on donna parfois à l'as libral un poids inférieur à la livre. La monnaie de compte étant distincte de la monnaie réelle, on continua à peser les pièces de monnaie dans les actes solennels *per æs et libram* et dans le commerce international. L'*æs rude* ne cessa pas d'être employé : on en a trouvé à Préneste et à Viterbe. *CIL.*, I, 74. Cf. Plin., *H. n.*, 33, 3 ; Gaius, I, 122 ; Fest., v° *rudus* ; et sur la découverte près de Civitavecchia de pièces d'*æs grave*, et d'un frg. d'*æs signatum* avec la légende ROMANOM, v. Cesano, *Lincei, Not.*, 1928, IV, 83 ; 94, 4.

(5) *Inst.*, II, 1, 41. Jul., ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 25, 1, où il faut lire *per mancipationem*, car l'esclave est une *res mancipi*.

1° Elle confère la propriété conformément à la déclaration de l'acquéreur (1). Cet effet a été consacré par les Douze Tables au profit de toute personne capable de prendre part à l'acte : *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (2). Jusqu'alors les plébéiens ne pouvaient invoquer le droit des Quirites ni par suite exercer la revendication; ils n'avaient que la ressource de demander comme une faveur l'appui du magistrat. Désormais on n'a plus à distinguer entre plébéiens et patriciens : l'égalité de droit est admise quant à l'acquisition de la propriété (3).

2° Elle rend efficaces certaines déclarations faites par l'aliénateur devant témoins avant l'accomplissement de la solennité et reproduites par l'acquéreur dans sa *nuncupatio* (4). Ce sont les *leges mancipii* ou *mancipio dictæ* (5). Ces clauses ont pour objet de déterminer l'étendue du droit conféré (mesure d'un champ, accessoires) (6) ou de créer un droit réel (servitude concédée ou retenue) (7). En cas de fausse déclaration, l'aliénateur encourt la peine du double (8); il est puni comme un voleur. L'action donnée pour défaut de contenance porte le nom d'action *de modo agri* (9). — Toute autre clause, qui n'est pas compatible avec le caractère primitif de la mancipation, est nulle : on ne peut par exemple apposer un terme ou une condition. Pour donner effet à des clauses de ce genre, il faut les confirmer par une stipulation de peine (10), mais l'aliénateur n'a qu'un droit de créance contre l'acquéreur et ses héritiers.

3° Elle confère le droit de revendiquer la chose en justice. 4° Elle permet à l'acquéreur évincé d'exercer contre l'aliénateur une action en garantie *(actio auctoritatis)* tendant à lui faire obtenir le double du prix d'achat (11). Cette action est la sanction, non pas d'un engagement exprès ou tacite contracté par l'aliénateur (12), mais d'un délit

(1) Gaius, I, 119 : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra.*

(2) Cincius, ap. Fest., v° *Nuncupata*. La loi ne procède pas ici comme pour le legs qu'elle valide directement *(uti legassit... ita jus esto)* : elle considère le *nexum* et le *mancipium* comme des actes dont l'efficacité n'est pas douteuse. Son attention s'est portée sur l'un des éléments de la solennité : la déclaration verbale faite par celui au profit de qui le droit va prendre naissance. Elle la confirme en disant que, dans tous les cas, elle fera naître le droit.

(3) Quelques auteurs pensent que la règle eut pour but de trancher un doute qui s'éleva après l'introduction de l'usage de la monnaie : l'acte est-il valable bien qu'il n'y ait pas de pesée effective? (Bechmann, *Der Kauf*, I, 198; Girard, 288). Cette opinion ne saurait être admise en présence des textes cités p. 271, 4; ils prouvent qu'on a continué à peser la monnaie au lieu de la compter.

(4) *C. I. L.*, VI, 10239. Paul., *Vat. fr.*, 50.

(5) Cic., *De orat.*, I, 39, 178; *De off.*, III, 16, 165; Proc., *D.*, L, 16, 126. Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1108, v° Lex alienationis.

(6) Paul, I, 19, 1; Varr., *R. r.*, II, 10, 5; Lab., *D.*, XXI, 2, 5.

(7) Varr., *L. l.*, V, 4, 27; Ulp., *D.*, VIII, 4, 6 pr.; Alf., *eod.*, 30; Gaius, II, 33.

(8) Cic., *De off.*, III, 16.

(9) Paul, II, 17, 4.

(10) Scæv., *D.*, XLV, 1, 122, 1; Ulp., *eod.*, 38, 17; *C. I. L.*, VI, 10239, l. 18.

(11) Cette action, mentionnée par Paul, II, 17, 2-3, doit remonter à l'ancien droit; les conditions sous lesquelles elle est donnée conviennent au caractère primitif de la mancipation : on exige la tradition, par conséquent l'appréhension de la chose, puis le payement du prix.

(12) Car la peine du double ne serait encourue que si le mancipant niait son obligation (Cic., *De off.*, III, 16); or il n'y a aucune trace de cette restriction.

qu'il a commis (1). Son devoir était de prendre le fait et cause de l'acquéreur, de le mettre en état de repousser la revendication dirigée contre lui : s'il ne remplit pas ce devoir, qu'il subisse la peine de sa faute.

Le mancipant peut s'exonérer, en fait, de la garantie contre l'éviction en déclarant que la mancipation est consentie *sestertio nummo uno*. En réduisant le prix apparent à un sesterce, il rend insignifiante l'obligation qui lui incombe. Cette clause était usitée en matière de donation et d'aliénation fiduciaire à titre de gage (2).

Le mancipant est dégagé de toute responsabilité lorsque l'acquéreur a usé de la chose pendant le délai requis pour l'usucapion ; la propriété transmise est dès lors inattaquable. Cette règle souffre exception à l'égard des étrangers (3), jouissant du *commercium*, mais ne résidant pas à Rome (4). La présomption qui résulte de l'usage prolongé de la chose manque de fondement lorsqu'il n'a pas lieu dans la cité où habitent les personnes qui pourraient l'interrompre.

4. La mancipation a l'époque classique et au Bas-Empire. — La mancipation subsiste à l'époque classique, mais l'on est moins exigeant pour l'accomplissement des solennités : on peut transférer la propriété sans la possession, manciper plusieurs immeubles ensemble (5), une *universitas rerum* (6). On a parfois appliqué la mancipation à des *res nec mancipi* d'une certaine importance (7), à des fonds provinciaux (8). Des pérégrins en ont fait usage sans avoir le *commercium* (9). Mais ici l'acte nul à titre de mancipation peut valoir en raison de la tradition qui l'accompagne.

Dès la fin de la République, pour faciliter la preuve de la mancipation, on rédigeait un écrit qui reproduisait la teneur complète de l'acte (10). Sous l'Empire, on se contentait d'un résumé. Il est vraisemblable qu'on n'exigeait plus que l'acte de mancipation ait été effectif : l'écrit faisait présumer l'accomplissement du rituel.

(1) Girard, *N. R. H.*, VI, 212. On a dit que la mancipation fait naître de plein droit une obligation à la charge de l'aliénateur (Bechmann, I, 109); ce serait un acte à la fois translatif de propriété et générateur d'obligation. Mais ce double effet n'est guère conforme au caractère des actes juridiques de l'ancien droit.

(2) *C. I. L.*, II, 5042; VI, 10231, 10239, 10241, 10247.

(3) Cic., *De off.*, I, 12 : *Adversus hostem æterna auctoritas*. La règle peut être invoquée pour ou contre un étranger. *Adversus* signifie : à l'égard, relativement à. Cf. Gaius, *D.*, XLI, 3, 5.

(4) Tel est le sens probable de la disposition des Douze Tables. Cicéron dit que le mot *hostis* désigne ici l'étranger, celui que de son temps on appelait pérégrin. S'agit-il d'un étranger qui, ne jouissant pas du *commercium*, possédait une chose appartenant à un Romain? Il n'était pas besoin de dire qu'on pouvait en tout temps la lui réclamer. Il était inutile d'établir une règle de droit dès lors qu'il n'y avait aucune juridiction compétente pour la faire observer. S'agit-il au contraire d'un étranger résidant à Rome et jouissant du *commercium*? Il semble difficile de lui refuser le bénéfice de l'usucapion, et l'on ne voit pas pourquoi l'on rendrait perpétuel à son égard le recours en cas d'éviction.

(5) Gaius, IV, 131ᵃ; Ulp., XIX, 6.

(6) L'acquéreur doit énumérer chacun des objets compris dans l'*universitas*. Diocl., *C. Herm.*, VII, 1.

(7) Perles : Plin., *H. n.*, IX, 35, 177; 124. Urnes cinéraires (*ollaria, columbaria*) : *C. I. L.*, VI, 2211; 10241.

(8) Cic., *De leg. agr.*, III, 29; Plin., *Ep.*, VII, 18, 2; *C. I. L.*, III, 2, p. 950.

(9) La mancipation ne produit pas à leur égard ses effets ordinaires. Cf. les triptyques de Transylvanie : *C. I. L.*, III, p. 941.

(10) Varr., *L. l.*, V, 163.

Au Bas-Empire, les solennités de la mancipation ne sont plus usitées; la tradition fait acquérir la pleine propriété des *res mancipi* (1). Seule elle reste nécessaire, sauf dans quelques cas déjà cités, particulièrement en matière de donations. La mancipation n'est plus un acte réel : elle ne subsiste que dans les formules des actes d'aliénation; elle fait partie de ce qu'on appelle la solennité de la tradition (2). Le souvenir de la mancipation n'a pas cependant disparu en Italie : il subsiste dans les actes notariés, relatifs au transfert de la propriété. Dans les papyrus de Ravenne du vi[e] siècle, la mancipation n'est plus qu'un acte écrit, comme la stipulation (3). Pour les actes relatifs au droit de famille (adoption, émancipation), la mancipation est encore employée dans les provinces d'Occident, au début du vi[e] siècle, mais la forme en a été simplifiée (4).

En Orient, la mancipation a pénétré difficilement (5); elle n'a eu qu'une application très restreinte; elle était inapplicable à la plupart des immeubles qui étaient des fonds provinciaux; pour les meubles *mancipi* on ne fut guère disposé à employer un mode de transfert étranger aux usages locaux, et l'on se contenta de la tradition qui conférait tout au moins l'*in bonis*. La mancipation n'a guère été usitée qu'entre citoyens romains (6) pour les actes de famille (adoption, émancipation) : Justinien l'a définitivement écartée (7).

§ 7. ***In jure cessio.*** — L'*in jure cessio* est, comme son nom l'indique, une cession faite devant le magistrat, une renonciation au droit de maître que l'on a sur une chose. Elle a lieu dans la forme d'un procès en revendication, mais en vertu d'un accord entre les parties : c'est un procès fictif. Le magistrat fait acte de juridiction gracieuse : son rôle se borne à constater le défaut de protestation du défendeur et à donner acte au demandeur de sa déclaration *(addictio)*.

L'*in jure cessio* est un expédient qui sert à donner une valeur juridique à des actes pour lesquels les formes ordinaires étaient insuffisantes. L'affranchissement par la vindicte paraît être l'application la plus ancienne (8). On l'employa ensuite pour céder une hérédité, acquérir la puissance paternelle sur un enfant adopté, céder l'exercice de la tutelle légitime d'une femme, constituer une servitude urbaine ou un

(1) La mancipation est encore mentionnée en 319 et 333, comme mode distinct de transfert (*C. Th.*, VIII, 12, 4; 5). Elle figure pour la dernière fois dans c. 7 *(eod)*, adressée au préfet de Rome en 355. D'après une inscription du milieu du iv[e] siècle (Ed. Cuq, *N. R. H.*, 1903, XXVIII, 265), la propriété d'un fonds situé aux environs de Rome, à Préneste, est transférée aux collèges municipaux par une tradition.

(2) *C. Th.*, VIII, 12, 7; *Nov. Major.*, VII, 1, 9.

(3) D'après Collinet, I, 254, la mancipation a eu une destinée différente en Orient et en Occident : en Italie, elle a persisté même après Justinien.

(4) Gaius, *Epit.*, I, 6, 3. Cf. Schupfer, *Riv. ital.*, 1910, XLVII, 303.

(5) L'acte de vente d'un esclave, passé en 166 à Séleucie, près d'Antioche (Girard, *Textes*, 852), mentionne la tradition, mais non la mancipation.

(6) Il y a un exemple d'un acte d'émancipation passé par des Grecs dans les formes romaines et rédigé en latin. Girard, *Textes*, 828.

(7) *C.*, VIII, 47, 11; 48, 6. Justinien a supprimé certaines clauses du formulaire de la mancipation *(sestertii nummi unius, assium quatuor)*, qui s'étaient conservées par routine dans les actes relatifs aux donations impériales : *C.*, VIII, 53, 37.

(8) Ulp., XIX, 9 et 10. Cf. Ed. Cuq, *Une scène d'affranchissement par la vindicte* au i[er] siècle de notre ère (Cp[tes] R. *Acad. Inscr.*, 1915, p. 537).

usufruit, acquérir la propriété d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi*.

L'*in jure cessio* a été peu usitée comme mode d'acquérir la propriété (1) : pour les *res mancipi*, elle faisait double emploi avec la mancipation sans procurer l'action *auctoritatis* en cas d'éviction, ni l'action *de modo agri* pour défaut de contenance, puisqu'elle n'impliquait pas un transfert de propriété; pour les *res nec mancipi*, le recours au magistrat était incommode, surtout pour les choses de peu de valeur.

Employée comme acte juridique, l'*in jure cessio* n'a pas perdu son caractère d'action de la loi : les personnes *alieni juris* ne peuvent prendre part à une *in jure cessio*, tandis qu'elles peuvent acquérir par mancipation (2).

L'*in jure cessio* subsistait encore au temps de Dioclétien (3) ; on n'en trouve plus de trace au Bas-Empire.

§ 8. **Tradition.** — La tradition consiste à remettre une chose de la main à la main. C'est un acte non solennel qui n'a pu, à l'origine, conférer qu'une propriété de fait; il a été de bonne heure usité pour les choses considérées comme les moins précieuses (*res nec mancipi*). Lorsqu'au temps de Cicéron, et peut-être avant, on a étendu à la propriété de fait la sanction de l'action en revendication, la tradition a fait acquérir la propriété quiritaire des *res nec mancipi*.

A l'époque classique, la tradition est le mode normal d'acquérir la propriété quiritaire des *res nec mancipi*, et la propriété *sui generis* qu'on peut avoir sur les fonds provinciaux. Elle fait également acquérir sur les *res mancipi* l'*in bonis*, en attendant qu'il se transforme en propriété quiritaire par l'usucapion. C'est enfin un mode du droit des gens, accessible aux pérégrins.

1. Conditions requises pour l'acquisition de la propriété. — Trois conditions sont nécessaires : la capacité de l'aliénateur; la livraison de la chose; la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. Sous Justinien, il faut, de plus, lorsque la tradition a lieu en exécution d'une vente au comptant, le payement du prix ou une satisfaction équivalente fournie au vendeur (4).

a) *Capacité.* — Pour être valable, tout mode de transfert conventionnel doit, en principe, émaner du propriétaire (5) : encore faut-il qu'il soit capable d'aliéner (6). Dans certains cas, un non-propriétaire a

(1) Gaius, II, 25. Paul dit que les Douze Tables ont consacré l'efficacité de l'*in jure cessio* (*Vat. fr.*, 50); mais les modifications apportées, après cette loi, à la forme de la mancipation, pour la rendre applicable aux immeubles, ne se concevraient pas, si l'*in jure cessio* avait été dès lors un mode général d'acquérir.

(2) Gaius, II, 96; *Vat. fr.*, 51.

(3) Diocl., *C. Herm.*, VII, 1; *C. I. L.*, XIV, 715.

(4) D'après *Inst.*, II, 1, 41, cette règle a été consacrée par les Douze Tables. Le passage a dû être emprunté au c[re] de Gaius sur cette loi. La règle est reproduite par Gaius (*D.*, XVIII, 1, 53) sans aucune distinction. Si, dans ses *Inst.*, II, 20, il semble l'ignorer, c'est que pour les *res nec m.*, on ne peut pas supposer que le vendeur au comptant ait eu l'intention d'aliéner sans avoir reçu satisfaction. Appleton a réfuté l'opinion contraire de Pringsheim (*der Kauf mit fremden Geld*, 1916), et démontré que les textes du Digeste relatifs à la question n'ont pas été interpolés (*R. H.*, 1928, p. 11). L'existence de la règle au II[e] siècle est confirmée par un triptyque de Transylvanie : *CIL.*, III, 940, n° VII. Cf. Ciccotti, *Ist. Veneto*, 1915, LXXIV.

(5) Ulp., *D.*, XLI, 1, 20 pr. : *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit.* La chose est transférée *cum sua causa* : Pomp., *D.*, XVIII, 1, 67.

(6) Gaius, *D.*, XXVI, 8, 9, 1.

le droit d'aliéner la chose d'autrui : le curateur d'un fou, le créancier hypothécaire. A l'inverse, un propriétaire capable est parfois privé du droit d'aliéner soit par la loi (1), soit par autorité de justice : le mari ne peut aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme; les fonds ruraux ou suburbains des pupilles et des mineurs de 25 ans ne peuvent être aliénés sans un décret du magistrat. Le Préteur peut, sur la demande des créanciers d'une succession, défendre à l'héritier suspect d'aliéner aucun bien héréditaire : celui qui, en connaissance de cause, achèterait un de ces biens, ne pourrait l'usucaper (2). — L'inaliénabilité ne peut être établie par convention (3) : une pareille clause n'est efficace qu'entre les parties; elle autorise le créancier, au cas où elle n'est pas observée, à exercer une action personnelle dans la mesure de son intérêt (4). Sévère et Caracalla permettent exceptionnellement au testateur d'interdire, en faveur de ses enfants, affranchis ou héritiers, l'aliénation d'un bien héréditaire (p. 128, 2).

b) Livraison de la chose. — La tradition consiste en un transfert de possession (5). De là une triple particularité : la tradition ne peut émaner que d'une personne qui a la possession; elle peut avoir lieu entre absents; elle peut se faire par l'intermédiaire d'autrui (p. 315).

c) Volonté réciproque. — L'acquisition de la possession n'entraîne pas de plein droit l'acquisition de la propriété : il faut qu'elle ait lieu en vertu d'une *justa causa*, ou tout au moins que le *tradens* et l'*accipiens* aient la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. — Cette règle n'a pas été tout d'abord formulée avec cette généralité : on a admis certaines causes d'acquisition telles que la vente, la donation, la constitution de dot, avant d'arriver à la notion abstraite de la juste cause. Puis on s'est contenté de l'*animus transferendi et adquirendi dominii*. En général, la tradition suppose une convention préalable (6) : le *tradens* veut rendre l'*accipiens* propriétaire, et celui-ci entend acquérir la propriété (7); mais cela n'est pas rigoureusement nécessaire. Si, par

(1) Un édit d'Auguste interdit à celui qui revendique un fonds italique d'aliéner le fonds litigieux. Fr. *de jure fisci*, 8; GAIUS, IV, 117. L'aliénation n'est pas nulle, mais elle n'est pas opposable au défendeur qui peut écarter l'acquéreur par une exception.

(2) JUL., *D.*, XLI, 4, 7, 5; ULP., *D.*, XLII, 5, 31, 4; 31, 1. L'héritier est suspect lorsque sa solvabilité est douteuse.

(3) POMP., *D.*, II, 14, 61.

(4) SCÆV., *D.*, XLV, 1, 135, 3. PAUL, *D.*, XIX, 1, 21, 5.

(5) *Tradere de manu in manum.* (CIC., *ad fam.*, VII, 5, 3). *Per manus tradere.* (PAP., *D.*, XXIX, 7, 10). Ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα : *P. Berlin* (WILCKEN, *Hermes*, XIX, 419); *P. Louvre*, p. 230). *Vacuam possessionem tradere* (PAUL, *D.*, XIX, 1, 2, 1.)

(6) JAV., *D.*, XLIV, 7, 55. La tradition peut-elle résulter d'un acte unilatéral, dépendant de la volonté du *tradens?* On pourrait le croire d'après GAIUS, *D.*, XLI, 1, 9, 3 : *Nihil tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* Mais Gaius entend sans doute faire remarquer que la volonté du propriétaire est ici l'élément décisif pour le transfert de la propriété. C'est en quoi la tradition est conforme à l'équité naturelle, à la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio* qui sont des modes du droit civil. Lorsque la volonté du propriétaire fait défaut, l'acquéreur peut avoir la possession, mais non la propriété. L'acheteur qui se met en possession de la chose, sans le consentement du vendeur, est traité comme un usurpateur. PAUL, *D*, XLI, 2, 5; POMP., *eod.*, 33. Sa possession est, à l'égard du vendeur, entachée du vice de clandestinité.

(7) ULP., XIX, 7 : *Harum rerum dominium nuda traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa tradita sunt nobis.* Si ce texte exprime le droit en vigueur au temps

exemple, j'achète une chose à une personne qui en est, à mon insu, propriétaire, la tradition n'en transfère pas moins la propriété (1). Il n'est pas non plus nécessaire qu'on ait la volonté de transférer la chose à une personne déterminée : tel est le cas du magistrat qui jette à la foule des *missilia* (2). En somme, la *justa causa*, au sens primitif, n'est plus que le signe auquel on reconnaît d'ordinaire la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. Cette cause de la tradition consiste toujours, sauf dans la donation, en une contre-valeur promise ou reçue. Là où elle n'existe pas, là où il n'y a pas non plus intention de libéralité, la tradition ne transfère pas la propriété, par exemple en cas de dépôt ou de louage.

S'il est utile de rechercher la cause de la tradition pour savoir si les parties ont eu la volonté réciproque d'aliéner ou d'acquérir, il ne faut pas en conclure que l'effet de la tradition soit subordonné au but que les parties se proposent respectivement. L'erreur commise sur ce but n'exclut pas la volonté d'aliéner et d'acquérir (3) : le payement de l'indû en est un exemple. Il en est de même de l'erreur qui porte sur la nature de l'acte : si vous avez entendu me donner une somme d'argent, que j'ai cru recevoir à titre de *mutuum*, la propriété est transférée (4). Mais, dans ce cas comme dans le précédent, le *tradens* a, pour recouvrer la valeur transmise, une action personnelle *(condictio)* fondée sur un enrichissement sans cause. Telle est la doctrine de Julien et des jurisconsultes du IIe siècle.

Ulpien n'admet pas cette manière de voir : d'après lui, le but des parties est une condition tacite à laquelle est subordonné le transfert de propriété (5). Il y a là un progrès réalisé par la jurisprudence au moins dans certains cas : lorsque l'erreur porte sur l'identité de l'objet, elle exclut l'*animus* nécessaire à la tradition (6) ; lorsque le *tradens* livre

d'Ulpien, la *justa causa* n'est plus l'acte juridique antérieur à la tradition et qui la motive : elle se confond avec la volonté d'aliéner et d'acquérir. Mais Paul (*D.*, XLI, 1, 31 pr.) les distingue : *Si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*. De là, entre les interprètes, des divergences sur la conception de la *justa causa*. Il est, croyons-nous, préférable de s'attacher aux décisions d'espèce données par les textes qu'à des règles abstraites formulées peut-être pour des cas particuliers.

(1) Paul., *D.*, XXII, 6, 9, 4 : *Plus in re est quam in existimatione ementis*.

(2) *Inst.*, II, 1, 46. C'étaient des cadeaux de nature et de valeur très diverses : des pièces de monnaie, plus souvent des tessères, sortes de bons au porteur qui donnaient droit à certains objets. Cf. *Dict. Antiq.*, III, 1946.

(3) On dit souvent que la tradition est un acte abstrait comme la mancipation et l'*in jure cessio*. Cette manière de voir, présentée par Savigny (*Das Obligationenrecht*, trad. II, 420), est critiquée par Perozzi, *Tradizione*, p. 140; Ferrini, *Manuale di Pandette*, p. 400.

(4) Jul., *D.*, XLI, 1, 36. Par exception, si la tradition est faite en vue d'un acte illicite, comme une donation entre époux, la nullité de la cause entraîne la nullité du transfert (Ulp., *D.*, XXIV, 1, 3, 10).

(5) Jul., *l. c.*, Ulp., *D.*, XLI, 2, 34 pr. On remarquera que la condition affecte non pas le transfert de la possession qui est un fait matériel sur lequel la modalité n'a aucune prise, mais l'acte qui motive la tradition, ou le transfert de propriété que les parties ont en vue.

(6) *Non puto errantem adquirere* (Ulp., *D.*, XLI, 2, 34 pr.). Celsus et Marcellus raisonnaient autrement : ils décomposaient l'acte de transfert de la possession en deux actes distincts et indépendants : abandon de la possession d'une part, acquisition de la possession d'autre part. Par suite la possession était perdue pour le *tradens* bien qu'elle ne fût pas acquise à l'*accipiens* (*D.*, XLI, 2, 18, 1.)

la chose en qualité de mandataire, croyant qu'elle appartient au mandant, alors qu'en réalité c'est lui qui en est propriétaire, l'erreur commise exclut la volonté d'aliéner (1). Dans ces deux cas, le *tradens* peut revendiquer l'objet livré : il a un droit opposable aux tiers.

2. Tempéraments d'équité. — La théorie de la tradition a été progressivement élargie par la jurisprudence. Dans plusieurs cas, malgré l'absence d'une des conditions requises pour que la tradition transfère la propriété, il a paru équitable de protéger l'acquéreur et de lui assurer, en fait, une situation analogue à celle d'un propriétaire.

Cette doctrine, de bonne heure appliquée à la tradition d'une *res mancipi*, l'a été ensuite : au cas d'une tradition faite par un non-propriétaire qui, après coup, acquiert la propriété, ou qui laisse pour héritier le véritable propriétaire, ou qui avait reçu mandat du propriétaire (2); au cas où l'acheteur s'est mis de lui-même en possession *sine vitio*, enfin au cas où le propriétaire a livré la chose avant la vente, mais sans avoir l'intention d'en transférer la propriété (3).

Dans ces divers cas, l'aliénateur reste en droit propriétaire, mais s'il s'avise de revendiquer l'objet livré, l'acquéreur ou ses ayants cause demanderont au Préteur de lui refuser l'action ou le repousseront par l'exception *rei venditæ et traditæ* pourvu qu'ils soient en possession (4). S'ils n'ont plus la possession et que l'aliénateur l'ait recouvrée, ils intenteront la Publicienne, et si l'aliénateur leur oppose l'exception *justi dominii*, ils en paralyseront l'effet par la réplique *rei venditæ et traditæ* (5).

§ 9. **Adjudication.** — En règle générale, les jugements sont déclaratifs et non attributifs de droits réels. Le juge reconnaît un droit préexistant : il ne crée pas un droit nouveau (6). Tout ce que peut faire le juge, c'est d'imposer des obligations personnelles. Il en est autrement dans trois cas : dans l'action en partage d'une hérédité *(familiæ erciscundæ)*, dans l'action en partage de tous autres biens indivis *(com-*

(1) Ulp., *h. t.*, 35. La doctrine d'Ulpien est moins satisfaisante dans le cas prévu par *D.*, XII, 1, 18 pr. Dire que celui qui a voulu faire une donation n'a entendu transférer la propriété que si l'*accipiens* consent à être donataire, qu'il n'y a rien de fait si l'*accipiens* entend rembourser l'argent qu'on lui donne, c'est dépasser la mesure et accorder sans motif suffisant une action réelle à qui a voulu se dépouiller de sa chose.

(2) Ulp., *D.*, XXI, 3, 1 pr.; 1, 2; Pomp., 2. L'acquéreur ne serait pas protégé si le mandataire ne s'était pas conformé à son mandat. *Ibid.*, 1, 3.

(3) Ulp., *D.*, XXI, 3, 1, 5; Marcel., *D.*, XVII, 1, 49.

(4) Herm., *D.*, XXI, 3, 3. C'est la jurisprudence qui a rendu l'exception *rei v. et t.* transmissible activement et passivement à tous les successeurs à titre universel ou particulier des parties.

(5) Jul., ap. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 32. D'après H. Krueger (*Beiträge zur Lehre der exceptio doli*, 1892), on eut d'abord recours à l'exception de dol pour atténuer ce que les règles de la tradition présentaient de rigoureux; peu à peu, on aurait substitué à cette exception une exception *in factum* dans le cas où il était difficile de prouver que le demandeur était coupable de dol. Marcellus aurait généralisé cette exception qui, à la fin de l'époque classique, aurait reçu un nom spécial. Il est plus vraisemblable que le Préteur eut recours ici à la *denegatio actionis* comme dans les cas analogues. Si certains textes (Ulp., *D.*, XXI, 2, 17) donnent l'exception de dol au lieu de l'exception *rei v. et t.*, c'est par application de la règle formulée par Ulpien (*D.*, XLIV, 4, 2, 5). L'acquéreur peut, lorsqu'il est en mesure de prouver le dol de l'aliénateur, invoquer l'une ou l'autre exception; il peut même se laisser évincer pour exercer l'action *ex stipulatu duplæ*. Cf. Lenel, II, 260, 10; Karlowa, II, 1247. Wlassak, *Sav. Z.*, XXXII, 146.

(6) Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 4.

muni dividundo), dans l'action en bornage *(finium regundorum)*. Ici le juge a le pouvoir d'*adjudicare*, c'est-à-dire d'attribuer la propriété à une personne qui ne l'avait pas. Ce pouvoir lui était conféré, à l'époque classique, par une clause spéciale insérée dans la formule (1).

Dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, le juge est autorisé soit à faire un partage en nature et à attribuer à chacun des communistes la propriété exclusive d'une portion de la chose indivise, soit, si ce n'est pas possible, à attribuer la chose tout entière à l'un des communistes à charge par lui de payer une soulte aux autres : il y a là une licitation (2). Dans l'action en bornage, le transfert de propriété n'a lieu sur l'ordre du juge que s'il n'y a pas de meilleur moyen de prévenir des difficultés ultérieures : le juge attribue à l'un des plaideurs des parcelles de la propriété voisine moyennant une indemnité à payer à l'autre.

Dans tous les cas, la propriété est acquise à titre dérivé : l'acquéreur doit supporter les droits réels constitués avant l'adjudication par le propriétaire antérieur (3). Mais, à l'époque classique, l'adjudication ne fait acquérir la propriété quiritaire que si l'instance a le caractère d'un *judicium legitimum* ; sinon, l'adjudicataire n'a que l'*in bonis*. Il faut aussi que la chose soit la propriété des communistes, sinon l'adjudication servirait seulement de titre pour usucaper (4).

§ 10. **Loi.** — La propriété est acquise à titre particulier par l'autorité de la loi : 1° en cas de legs *per vindicationem*, d'après les Douze Tables ; 2° d'après les lois caducaires, la part d'un héritier dans une succession peut être déclarée caduque et attribuée à un autre héritier ou au fisc; 3° en cas de confiscation ; 4° en vertu d'un Sc. de Marc-Aurèle, si le copropriétaire d'une maison indivise fait des réparations et que son copropriétaire refuse de lui tenir compte de la dépense et des intérêts, il acquiert au bout de quatre mois le droit que celui-ci avait sur l'immeuble (5); 5° pour encourager la mise en valeur des terres incultes, Théodose Ier attribue la propriété des terres abandonnées à celui qui en prend possession et les met en culture. Un délai de deux ans est laissé au propriétaire pour recouvrer sa chose en remboursant les dépenses faites par le possesseur (6); 6° en cas de découverte d'un *trésor*. Sous ce nom, on désigne tout objet de valeur (7), caché ou enfoui dans la terre (8), sur lequel personne ne peut justifier sa propriété (9) et qui est trouvé par l'effet du hasard (10).

(1) Gaius, IV, 42.
(2) Tryph., *D.*, XXIII, 3, 78, 4 ; Alex., *C.*, III, 37, 3, 1. Paul., *D.*, X, 2, 36.
(3) Labeon a fait prévaloir cette règle contre l'avis de Trebatius (*D.*, XXXIII, 2, 31. Jul., ap. Ulp., *D.*, X, 3, 6, 8). Cf. Marcell., ap. Ulp., *D.*, XIII, 1, 12, 1.
(4) Marcel., *D.*, XLI, 3, 17.
(5) Ulp., *D.*, XVII, 2, 52, 10 ; Philip., *C.*, VIII, 10, 4.
(6) *C.*, XI, 59, 8 (Orient).
(7) Paul., *D.*, XLI, 1, 31, 1 : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Cf. Leo, Zeno, *C. Th.*, X, 18, 2 : *Condita ab ignotis dominis... monilia.* Dans *C.*, X, 15, 1, ce dernier mot a été changé en *mobilia.*
(8) Tryph., *D.*, XLI, 1, 63.
(9) Le mot trésor est aussi employé dans un sens non technique pour désigner une somme d'argent enfouie dans un fonds *custodiæ causa*. Pap., *D.*, XLI, 2, 44 pr.
(10) Scæv., *D.*, VI, 1, 67.

Sous la République et au début de l'Empire, on considérait le trésor comme un accessoire du fonds où il était découvert; il appartenait au propriétaire du fonds comme un produit du sol (1). Cette règle pouvait se défendre à l'époque où les immeubles restaient dans la famille dont ils portaient le nom : on pouvait supposer que le trésor avait été enfoui par un des ancêtres du propriétaire actuel (2). Mais lorsque les mutations de propriété devinrent fréquentes, il parut excessif de refuser tout droit à l'inventeur. En fait, lorsqu'un mercenaire découvrait un trésor, il ne se faisait guère scrupule de se l'approprier : c'était un don d'Hercule (3).

Hadrien résolut la question d'une manière équitable : il maintint la règle ancienne lorsque l'inventeur était le propriétaire du fonds; dans le cas contraire, il attribua le trésor moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire du fonds. La propriété est ici acquise en vertu de la loi (4), et non par voie d'occupation (5) : Hadrien ne subordonne pas l'acquisition à la prise de possession. — Sous Constantin, l'inventeur, qu'il soit ou non propriétaire du fonds, doit dénoncer au fisc la découverte du trésor; il a droit à la moitié à titre de prime; à défaut de notification, il est déchu de tout droit (6). Théodose Ier a limité à un quart le droit de l'inventeur dans le terrain d'autrui, mais il attribue le reste au propriétaire du sol. Zénon a rétabli la règle posée par Hadrien (7).

§ 11. **Usucapion.** — 1. Ancien droit. — L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété qui s'appliqua d'abord aux choses *(mancipi)* (8) abandonnées par leur maître. La négligence du propriétaire fait présumer qu'il renonce à son droit. Or, l'intérêt public exige qu'on ne laisse pas improductives ou inutilisées les choses précieuses dont le nombre est limité. Il a paru juste d'en attribuer la propriété à celui qui, pendant un certain délai, a usé de la chose comme doit le faire un propriétaire.

a) Conditions requises pour usucaper. — La propriété est acquise par

(1) Paul, *D.*, XLI, 2, 3, 3 : *Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse.* Plaut., *Trin.*, 156; Pers., II, 11; Nerva, ap. Philost., *Vitæ Sophist.*, II, 2. Brutus et Manilius songeaient aux trésors enfouis pendant les guerres puniques; les autres jurisconsultes, aux trésors enfouis pendant les guerres civiles. Cf. Mommsen, *C. I. L.*, I, 136-140. Glück-Czyhlarz (I, 214) pense qu'au Ier siècle le trésor appartenait au fisc. Mais les textes cités (Suet., *Nero*, 31; Tac., *Ann.*, XVI, 1) ne peuvent s'entendre d'un trésor, puisque celui qui en révéla l'existence prétendait connaître la personne qui l'avait caché.

(2) Plaut., *Aul.*, 7.

(3) Hor., *Sat.*, II, 6, 11. Cf. Tryph., *D.*, XLI, 1, 63, 1 : *Donum fortunæ.*

(4) *Inst.*, II, 1, 39 : *Hadrianus ei concessit qui invenerit.* Si le trésor est trouvé dans un lieu sacré, Hadrien l'attribue en totalité à l'inventeur, mais Marc-Aurèle et Verus autorisent le fisc à en revendiquer la moitié. Callistr., *D.*, XLIX, 14, 3, 10. Sur les précédents de la décision d'Hadrien, cf. Bonfante, *Mélanges Girard*, I, 123.

(5) La question est controversée. Cf. Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro*, 1888.

(6) *C. Th.*, X, 18, 1. Cf. Godefroy, III, 471.

(7) *C. Th.*, *eod.*, 2; *C.*, X, 15, 1.

(8) Les *res nec mancipi* n'étaient pas encore susceptibles de propriété quiritaire. La restriction de l'usucapion antique aux *res mancipi* est confirmée par la disposition des Douze Tables sur l'interdiction d'usucaper les *res mancipi* d'une femme en tutelle. Cette prohibition resta toujours renfermée dans les limites fixées par les décemvirs, même à l'époque où l'usucapion fut étendue aux *res nec mancipi.*

un usage prolongé. Il faut d'abord user de la chose, comme l'indique l'étymologie, *usu capere*. L'*usus*, c'est le fait de se servir d'une chose conformément à sa destination (cultiver un champ, tailler la vigne, émonder un arbre); la possession n'implique pas la nécessité de faire usage de la chose. Il faut ensuite que cet usage se prolonge pendant deux ans s'il s'agit d'un fonds de terre, pendant un an pour toute autre chose (1). Ce délai très bref était suffisant, en raison du peu d'étendue du territoire de la cité, pour permettre aux intéressés de faire valoir leurs droits.

L'usucapion antique n'exige ni juste titre ni bonne foi; mais la loi des Douze Tables refuse aux voleurs le bénéfice de l'usucapion (2); la loi n'a pas voulu reconnaître un droit à ceux qui se sont emparés de la chose contre le gré du propriétaire. Elle a également écarté l'usucapion dans trois cas : pour les *res mancipi* des femmes pubères placées sous la tutelle de leurs agnats; pour la bande de terre qui sépare les propriétés contiguës et qui doit rester en friche; pour l'espace libre qu'on laisse devant un tombeau *(forum)* et pour le terrain sur lequel on a brûlé un mort (3). Si le propriétaire laisse ces terres sans culture, c'est par un sentiment de respect que la loi ne pouvait manquer d'approuver.

b) Applications. — L'usucapion a eu de bonne heure une portée plus large que la mancipation : elle s'applique non seulement aux esclaves et aux bêtes de trait ou de somme, mais aussi aux fonds de terre et aux servitudes rurales. L'acquisition de la propriété foncière était ici entourée de plus de garanties : on prend en quelque sorte à témoin la cité tout entière en exigeant que l'acquéreur use de la chose, au vu de tous, pendant deux ans; puis l'aliénation ne pouvait être consommée sans l'assentiment tacite des enfants du propriétaire; il dépendait d'eux de cultiver la terre et d'empêcher un tiers d'en user à leur place. Mais, au temps des Douze Tables, l'usucapion ne s'appliquait pas encore aux maisons (4); la loi n'avait pu supposer que la maison de famille resterait déserte assez longtemps pour qu'un tiers pût en acquérir la propriété.

L'usucapion comporte deux autres applications : 1° elle confère au mari la *manus* sur sa femme; le père de la femme est présumé renoncer à son droit sur elle, si au cours de l'année il ne l'a pas fait rentrer au domicile paternel pendant trois nuits consécutives; 2° l'usucapion fait acquérir la propriété des biens d'une hérédité jacente à celui qui s'en

(1) Cic., *Top.*, 4 : *Usus, auctoritas fundi, biennium est... ceterarum rerum... annuus usus est.* Les premiers mots signifient que l'usage, considéré comme garantie d'un fonds, est de 2 ans. Certains auteurs rapportent le mot *usus* à l'usucapion, le mot *auctoritas* à l'obligation de garantie qui découle de la mancipation : mais il n'est pas sûr que la mancipation des fonds de terre ait été usitée au temps des Douze Tables.

(2) Gaius, II, 49. Cette disposition visait primitivement l'auteur du vol; plus tard le vol fut considéré comme un vice inhérent à la chose. Lorsqu'on exigea pour usucaper la bonne foi et le juste titre, l'usucapion fut interdite au voleur en raison de sa mauvaise foi; on appliqua alors la règle des Douze Tables aux tiers acquéreurs de bonne foi.

(3) Gaius, II, 47. Cic., *De leg.*, II, 24. Cf. P. Diac., v° *Forum, bustum.*

(4) Cic. p. *Cæc.*, 19 : *Utimur eodem jure in ædibus quæ in lege non appellantur.*

empare et qui, pendant un an, se comporte en héritier. C'est l'usucapion *pro herede* (p. 736).

2. Droit classique. — L'usucapion est un mode civil d'acquérir la propriété par une possession prolongée (1). Elle diffère de l'usucapion antique par son but, ses cas d'application, son fondement, ses conditions.

a) But. — L'usucapion a pour but de consolider l'acquisition de la propriété, lorsque cette acquisition est entachée de certains vices. Elle empêche l'incertitude de planer sur le droit de propriété (2); elle facilite la preuve de ce droit, en la réduisant à la constatation d'un fait matériel; elle abrège les procès ou les empêche de naître (3). Les vices que l'usucapion sert à purger sont des vices de forme ou de fond : le vice de forme résulte de l'emploi d'un mode impropre à faire acquérir la propriété d'après le droit civil; le vice de fond se produit lorsqu'on acquiert une chose *a non domino*.

b) Cas d'application. — L'usucapion s'applique : lorsqu'on a acquis par simple tradition une *res mancipi*, au lieu de recourir à la mancipation ou à l'*in jure cessio;* lorsqu'on a acquis une *res mancipi* ou *nec mancipi* d'une personne qui n'en était pas propriétaire, ou n'avait pas la capacité d'aliéner. Dans cette seconde application, l'usucapion a pour effet de dépouiller de sa chose l'ancien propriétaire, mais il n'a qu'à s'en prendre à lui-même : on lui a laissé un délai suffisant; s'il n'a pas fait valoir son droit, on présume qu'il y a renoncé.

c) Conditions requises. — Quatre conditions sont requises pour l'acquisition de la propriété par usucapion : que la chose soit susceptible d'usucapion; que la possession se prolonge sans interruption pendant le délai fixé par la loi; qu'elle ait pour fondement une *justa causa;* que l'acquéreur soit de bonne foi. Par exception, l'usucapion a lieu sans juste cause ni bonne foi dans quelques applications qui remontent à l'époque antique : usucapion à titre d'héritier, *usucapio libertatis* en matière de servitudes, *usus mulieris, usureceptio.*

1° L'usucapion ne s'applique ni aux choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, ni à celles que la loi défend d'aliéner, ni aux biens du fisc (4). Les Douze Tables n'avaient écarté l'usucapion que pour les choses volées. Au VIIe siècle, la loi Plautia *de vi* (5) étendit cette prohibition aux immeubles dont on s'est emparé par violence. Cette prohibition, comme celle qui résulte du *furtum*, subsiste jusqu'à ce que le propriétaire ait recouvré sa chose ou qu'il ait été en mesure de la revendiquer (6). La loi Julia *repetundarum* de l'an 695 interdit également l'usucapion des choses qu'un magistrat provincial s'est fait donner par un habitant de sa province (7).

(1) Ulp., XIX, 8; Mod., *h. t.*, [*D.*, XLI, 3], 3. Licin. Ruf., *h. t.*, 25.
(2) Gaius, II, 44 : *Ne rerum dominia diutius in incerto essent.*
(3) Cic., *p. Cæc.*, 26; Ner., *D.*, XLI, 10, 5 pr. : *Ut aliquis litium finis esset.*
(4) Gaius, *h. t.*, 9; Mod., 18.
(5) Sur la date de cette loi, voir notre article lex (*Dict. Antiq.*, III, 1159).
(6) Paul, *h. t.*, 4, 6; 4, 26; L, 16, 215. La *res peculiaris*, vendue et livrée par l'esclave au su de son maître, peut être usucapée. Alf., *D.*, XLI, 3, 34; Jul., *D.*, XLVII, 2, 57, 3. Cf. Appleton, *N. R. H.*, 1916, XXXIX, 16.
(7) Paul, *D.*, XLVIII, 11, 8. La prohibition s'applique aux donations déguisées.

Grâce à ces diverses prohibitions, l'application de l'usucapion est assez limitée, au moins pour les choses acquises *a non domino* : il faut supposer un immeuble possédé sans violence, ou un meuble non volé. Ce dernier cas se produira rarement, car le vol n'implique pas nécessairement une soustraction ; il suffit qu'on ait vendu et livré sciemment la chose d'autrui. Mais si un héritier vend une chose louée ou prêtée au défunt, croyant qu'elle fait partie de la succession, si l'usufruitier d'une esclave vend l'enfant qu'elle a mis au monde croyant qu'il est à lui, l'acheteur peut usucaper : il n'y a pas vol sans intention de voler. Quant à l'immeuble occupé sans violence, par suite de l'absence du propriétaire, de sa négligence ou de sa mort sans héritier, il peut être usucapé, sinon par l'usurpateur, du moins par celui qui l'a acquis de lui de bonne foi (1).

2° L'usucapion exige une possession prolongée et ininterrompue pendant un certain délai. Au lieu de l'usage effectif de la chose, on se contente de la possibilité d'user ; à la notion complexe de l'*usus*, on a substitué une notion plus simple, celle d'une possession continue. Ce changement a dû se produire lorsque la jurisprudence eut dégagé la notion de la possession, lorsqu'elle considéra la possession comme un élément du patrimoine. C'est au dernier siècle de la République que l'on voit apparaître la notion générale de la possession et la doctrine qui fait reposer l'usucapion sur la possession (2).

La substitution de la possession à l'*usus* obligea la jurisprudence à déterminer les conditions sous lesquelles la possession pourrait motiver l'acquisition de la propriété. Un fait matériel, comme l'appréhension d'une chose, n'a pas de signification précise ; il ne manifeste pas, comme l'*usus*, la volonté de s'approprier la chose. D'autre part, on ne pouvait admettre qu'une possession quelconque pût servir à fonder l'usucapion, alors que le Préteur ne protégeait que la possession acquise *nec vi, nec clam, nec precario*. Si le Préteur refusait sa protection à l'usurpateur qui prétendait à la possession, la jurisprudence ne pouvait songer à lui attribuer la propriété. On devait même être plus difficile pour l'acquisition de la propriété que pour celle de la possession.

La possession requise pour usucaper doit se continuer sans interruption pendant le délai prescrit par les Douze Tables. Ce délai se calcule, non pas *de momento ad momentum* mais *de die ad diem* : le jour de l'entrée en possession ne compte pas, mais le dernier jour est réputé accompli dès qu'il est commencé (3). Cf. C. civ., 2260.

Anciennement le propriétaire pouvait interrompre l'usucapion de deux manières : en enlevant la chose à celui qui s'en était emparé

(1) Gaius, II, 50, 51.

(2) Tandis que Servius confond encore la possession avec son objet (ap. Ulp., *D.*, XLIII, 17, 3, 11), Ælius Gallus les distingue (Fest., v° *Possessio*), et son contemporain Trebatius présente la possession comme une condition de l'usucapion (ap. Pomp., *D.*, XLI, 6, 3). Cf. p. 309.

(3) Ven., *D.*, XLIV, 3, 15 pr. ; Ulp., *h. t.*, 7. Cf. Karlowa, II, 398. On n'a pas à rechercher si le prix a été payé : Gaius, *D.*, VI, 2, 8, rend cette opinion vraisemblable (Cf. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, 216.) Le payement du prix n'était nécessaire que dans le cas prévu par la *constitutio Rutiliana* (p. 220, 3).

c'est l'interruption naturelle (1); en faisant un acte qui manifeste sa volonté de prendre soin de la chose, par exemple, en émondant un arbre (2). Cet acte, qui, au temps de Cicéron, n'est plus qu'un acte symbolique, fut vraisemblablement, à l'origine, un acte réel. C'est un mode civil d'interruption, admis par les Prudents *(jure civili)*, mais qui est bientôt tombé en désuétude. Le droit classique ne connaît que l'interruption naturelle résultant de la perte de la possession. Il n'y a pas à rechercher si la perte est volontaire ou forcée (3). Le bénéfice de la possession est définitivement perdu, alors même que celui qui était en voie d'usucaper a été fait prisonnier : s'il revient à Rome, et qu'il recouvre la possession, il est traité comme s'il n'avait jamais possédé. Le *jus postliminii* n'a pas ici d'application, car la possession est *res facti* (4).

Le décès du possesseur devrait aussi être une cause d'interruption de l'usucapion. Les jurisconsultes classiques ont reculé devant cette conséquence : ils ont admis que l'héritier succède à l'usucapion commencée par son auteur *(continuatio possessionis)*. On n'a pas à rechercher si, personnellement, il est en état d'usucaper : l'usucapion peut s'achever soit au profit d'un héritier de mauvaise foi, soit pendant que l'hérédité est jacente, parce que l'hérédité jacente continue la personne du défunt (5). Mais la succession à l'usucapion n'est possible que si, dans l'intervalle entre le décès et la prise de possession par l'héritier, la chose n'a été appréhendée par personne (6). Lorsque le défunt n'était pas en état d'usucaper en raison de sa mauvaise foi, son héritier, fût-il de bonne foi, ne peut, quelle que soit la durée de sa possession, prétendre à l'usucapion : il n'a recueilli qu'un droit vicié, et il ne peut commencer une possession nouvelle, faute de juste cause (7).

Tout autre est la situation des ayants cause à titre particulier : ils peuvent avoir une juste cause, être de bonne foi, alors que leur auteur était de mauvaise foi ; ils pourront sûrement usucaper, alors que leur auteur ne l'aurait pu. Mais ils ne succèdent jamais à l'usucapion de leur auteur : un acheteur de mauvaise foi n'est pas admis à continuer l'usucapion commencée par un vendeur de bonne foi (8). Au commencement du IIIe siècle, la règle appliquée aux ayants cause à titre particulier a reçu un tempérament : Sévère et Caracalla autorisent l'acheteur à joindre à sa possession celle du vendeur lorsque celui-ci, en raison de sa bonne foi, a commencé à usucaper *(accessio possessionis)* (9). Cette jonction des possessions était antérieurement usitée dans l'interdit *utrubi* (10)

(1) *Usurpatio* de *usui rapere*. PAUL., *D.*, XLI, 3, 2. Cf. C. civ., 2243.
(2) *Surculum defringere* : CIC., *De orat.*, III, 28.
(3) Remise d'une chose litigieuse à un sequestre; expulsion.
(4) PAUL, *h. t.*, 15 pr. Si un achat a été fait par l'esclave d'un captif dans l'intérêt de son pécule, l'usucapion est en suspens. JUL., *D.*, XLIX, 15, 22, 3,
(5) Cette application ne fut pas admise sans résistance. *D.*, XLI, 2, 13, 4 et 12.
(6) PAP., *eod.*, 43; PAUL, *D.*, XLI, 4, 2, 18-19 ; IV, 6, 30 pr. : *Possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem* : JAV., *h. t.*, 20; NERAT., 40 : POMP., *D.*, XLI, 4, 6, 2.
(7) PAP., *D.*, XLIV, 3, 11. Cf. SUMAN, *Riv. Ital.*, 1917, LIX, 225.
(8) PAUL, *D.*, XLI, 4, 17.
(9) *Inst.*, II, 6, 14. Javolenus parle d'accession, mais dans un cas où l'on possède par l'intermédiaire d'autrui (*h. t.*, 19).
(10) En matière de donation. ULP., *D.*, XLI, 2, 13, 11.

et dans la prescription *longi temporis* au profit de tous les acquéreurs à titre singulier (1).

La demande en justice n'est pas, comme en droit moderne (C. civ. 2244), une cause d'interruption civile de l'usucapion : si l'usucapion s'achève au cours du procès, le juge, qui doit se reporter à la *l. c.* pour apprécier le droit du revendiquant, invitera le défendeur à retransférer au demandeur la propriété et à le garantir contre tout dommage résultant de son dol ou de sa faute (2).

3° La possession doit être fondée sur une *justa causa*. L'appréhension d'une chose ne suffit pas, comme l'*usus*, pour manifester publiquement l'intention qui a dirigé le possesseur : c'est la *causa* qui fait connaître s'il a la volonté de se comporter en propriétaire. Cette *causa* doit être *justa* : elle doit faire paraître que le pouvoir sur la chose a été acquis conformément au droit (3).

La juste cause, requise pour fonder l'usucapion, consiste ordinairement en un acte juridique qui implique chez celui qui fait une tradition la volonté d'aliéner. C'est tantôt un contrat par lequel une des parties s'oblige à transférer la propriété comme la vente, tantôt un fait juridique qui, par lui-même, est translatif de propriété comme le legs *per vindicationem*, l'adjudication, la dation faite à titre de donation ou de dot. Quel qu'il soit, le titre d'usucapion doit être pur et simple ; s'il est conditionnel, on ne peut commencer à usucaper (4). Il y a également juste cause lorsqu'on a pris possession d'une chose, soit en vertu d'un décret ou de l'édit du magistrat (5), soit à la suite d'un serment judiciaire (6), d'un jugement (7), ou du payement de la *litis æstimatio* dans une action en revendication (8). Parfois, on tient pour suffisante, la volonté d'acquérir : lorsqu'on s'empare d'une chose *mancipi* abandonnée par son propriétaire, ou d'une chose quelconque abandonnée par une personne qui n'en est pas propriétaire (9).

La juste cause a une importance telle qu'elle sert à caractériser l'usucapion. On distingue l'usucapion *pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro derelicto*. Il y a, cependant, quelques cas où l'usucapion est admise, bien que la cause ne soit juste qu'en apparence : par exemple, lorsqu'une vente a été consentie par un incapable (fou, pupille non autorisé) (10). On a même admis que la croyance à la validité ou à l'existence d'un titre nul ou inexistant suffirait pour fonder

(1) ULP., *D.*, XLI, 2, 13, 1 ; *C.*, VII, 31, 1, 3. Cf. ZANZUCCHI, *Arch. giur.*, LXXII, 177 ; 353 ; LXXVI, 3 ; P. KRÜGER, *Sav. Z.*, XXVI, 144.

(2) GAIUS, *D.*, VI, 1, 18 ; ULP., *eod.*, 45. Cf. *D.*, VIII, 5, 8, 4.

(3) Cf. FITTING, *Arch. f. civ. Pr.*, LI, 1 ; LII, 1. BRUNHÖFT, *Titulus justus und titulus putativus*, 1873 ; *Besitztitel im r. R.*, 1875 ; BONFANTE, *Riv. Ital.*, t. XV et XVII, 1.

(4) PAUL, *D.*, XLI, 4, 2, 2.

(5) AFR., *D.*, IX, 4, 28 ; JUL., ap. ULP., *D.*, XXXIX, 2, 15, 16 ; PAUL., *eod.*, 18, 15.

(6) JUL., ap. ULP., *D.*, XII, 2, 13, 1.

(7) ULP., *D.*, VI, 2, 3, 1. Cf. ACCARIAS, I, 591. Voir cep. PELLAT, *La propriété*, 2e éd., p. 465 et 500.

(8) GAIUS, *D.*, XLI, 4, 1.

(9) PAUL, *D.*, XLI, 7, 4 ; JUL., *eod.*, 6. L'usucapion n'est pas admise pour les épaves d'un naufrage ni pour les objets jetés à la mer. JAV., *D.*, XLI, 2, 1, 2. Cf. Ed. CUQ, *Dict. Antiq.*, IV, 9.

(10) PAUL, *D.*, XLI, 4, 2, 15-16.

l'usucapion (1) : l'usucapion a lieu ici *pro suo*. Il y eut, d'ailleurs, quelques divergences entre les jurisconsultes pour déterminer dans quelles limites on tiendrait compte de l'erreur commise (2). Justinien décida que la croyance erronée à une juste cause ne permettrait pas d'usucaper (3).

4° Le possesseur doit être de bonne foi. La bonne foi consiste à croire que l'aliénateur est propriétaire et capable d'aliéner, ou tout au moins qu'il a reçu du propriétaire le pouvoir d'aliéner (4). L'erreur commise doit être une erreur de fait : on ne tient pas compte de l'erreur de droit (5).

Cette condition ne se confond pas avec la précédente (6). L'intérêt pratique de la distinction se présente au point de vue de la preuve : la juste cause est un élément positif dont le possesseur doit prouver l'existence ; la bonne foi est un élément négatif dont l'absence doit être prouvée par le revendiquant. La bonne foi se présume et non la juste cause.

La bonne foi doit exister au moment de l'entrée en possession. Cette règle fut appliquée d'une manière générale par certains jurisconsultes (7). D'autres furent plus exigeants en matière de vente : la bonne foi doit exister au moment du contrat et lors de l'entrée en possession (8).

(1) Croyance à la validité d'une vente nulle parce que l'objet est hors du commerce *(res furtiva)* ; à la validité d'un partage d'ascendant ratifié par les intéressés après la mort du père, mais portant sur la chose d'autrui (Pomp., *D.*, XLI, 10, 4, 1) ; à la réalisation prochaine de la condition tacite à laquelle est subordonnée une dation à titre de dot (Jul., ap. Ulp., *D.*, XLI, 9, 1, 2). Celui qui achète de bonne foi une esclave volée usucape *pro suo* l'enfant conçu après la vente : Julien exige que la bonne foi subsiste jusqu'à la naissance de l'enfant (*h. t.*, 33 pr.), Pomponius jusqu'à l'achèvement de l'usucapion (*D.*, XLI, 10, 4 pr.).

(2) Ceux-là se trompent, dit Celsus, qui en arrivent à se passer du titre pour se contenter de la bonne foi (Ulp., 27). Julien exige que l'erreur ait été motivée par un fait positif : par exemple, le mandataire que j'avais chargé de m'acheter un objet me persuade qu'il a rempli son mandat (Ap. Afr., *D.*, XLI, 4, 11).

(3) *Inst.*, II, 6, 11. Dioclétien avait déjà formulé cette règle pour l'usucapion *pro donato : C.*, VII, 27, 3.

(4) Gaius, II, 43 ; Mod., *D.*, L, 16, 109. D'après Julien, cette croyance ne suffit pas si l'acheteur ne s'est pas comporté en honnête homme : si, par collusion avec mon mandataire il a acheté à un prix inférieur à celui que j'avais fixé (*D.*, XLI, 4, 7, 6) ; s'il a su que le vendeur ferait un mauvais emploi du prix (*eod.*, 8 ; Riccobono, *Bull. dir. R.*, VII, 257). — A l'inverse, l'usucapion a lieu en l'absence de cette croyance si l'on a cru acheter la chose d'autrui alors qu'on a traité avec le propriétaire (Sab., ap. Paul., *eod.*, 2, 2 : *Potius substantiam intuetur quam opinionem*) ; si l'on a obtenu un abandon noxal d'une personne qu'on savait n'être pas propriétaire de l'esclave (Afr., *D.*, IX, 4, 28). Par cela même que le propriétaire n'offre pas la *litis æstimatio*, la victime du délit a un titre suffisant pour garder la chose et l'usucaper.

(5) Proc., ap. Paul, *h. t.*, 31 pr. ; Paul., *D.*, XLI, 4, 2, 15.

(6) Paul., *D.*, XLI, 4, 2, 1. Cf. Bonfante, *Bull. dir. R.*, VI.

(7) Sab., Cass., ap. Ulp., *h. t.*, 10 pr. ; Pap., *eod.*, 44, 2.

(8) Jul., *D.*, VI, 2, 7, 17 ; Paul., *D.*, XLI, 4, 2 pr. ; *h. t.*, 48. Cette controverse a sans doute son point de départ dans la rédaction de la formule Publicienne. Le Préteur promettait cette action à celui qui *bona fide emit :* on en conclut que, pour usucaper, l'acheteur devait avoir été de bonne foi dès cette époque. Il paraissait contradictoire de refuser la Publicienne à un possesseur qui aurait pu usucaper. Cependant, d'après Ulpien *(loc. cit)*, c'est l'opinion des Sabiniens qui a prévalu. — On remarquera que, d'après la rédaction de la Publicienne, la bonne foi est exigée même du propriétaire bonitaire ; cette condition avait son utilité lorsqu'il avait traité avec le propriétaire, croyant avoir affaire à un *non dominus*. Cf. Karlowa, II, 1211, Lenel, I, 193.

En principe, il n'est pas nécessaire que la bonne foi persiste pendant le délai requis pour usucaper : *mala fides superveniens usucapionem non impedit*. Mais ce principe s'applique-t-il aux acquisitions à titre gratuit? Il semble résulter d'une constitution de Justinien que le droit antérieur faisait une distinction entre les actes à titre gratuit et à titre onéreux; elle décide que l'usucapion n'est pas interrompue lorsque l'acquéreur apprend que la chose est à autrui, bien que la possession ait commencé à titre lucratif (1).

Lorsqu'on acquiert la possession par un mandataire ou par une personne placée sous notre puissance, l'usucapion ne commence qu'au moment où l'on a connaissance de la prise de possession : c'est à ce moment que l'acquéreur doit être de bonne foi (2). Il n'y a d'exception que pour les acquisitions faites par l'administrateur d'un pécule : ici l'on ne recherche que la bonne foi de l'administrateur (3).

§ 12. **Prescription de long temps.** — 1. *LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.* — Avant Justinien, l'usucapion, mode d'acquérir du droit civil, ne pouvait être invoquée ni par les pérégrins lorsqu'ils n'avaient pas le *commercium*, ni pour les biens qui ne comportaient pas la propriété quiritaire, comme les fonds provinciaux. Il y avait là une lacune (4) : elle fut comblée grâce à un expédient dont l'idée a été empruntée par les empereurs à la coutume des pays de culture hellénique (5) : celui qui a possédé une chose avec juste titre et bonne foi pendant un long délai, sans être inquiété, a le droit d'écarter toute réclamation de ceux qui prétendraient avoir sur la chose un droit de propriété ou d'hypothèque. La prescription *longi temporis* n'est pas un mode d'acquérir la propriété : c'est un moyen de défense. A ce titre, elle est accessible aux pérégrins. Les Grecs l'appelèrent παραγραφή, les Romains la désignent par le mot correspondant : *præscriptio* (6).

Cette prescription, que Gaius ignore, a été consacrée et réglementée par les empereurs. Elle est, pour la première fois, mentionnée dans un rescrit de Sévère et Caracalla, du 30 décembre 199 (7). Ce n'est pas, comme on le croyait autrefois, une création du droit honoraire. Son nom avait induit en erreur; on la considérait comme une *præscriptio*

(1) *C.*, VII, 31, 1, 3ᵃ; JUL., ap. ULP., *D.*, VI, 2, 11, 3. (Cf. PELLAT, 555). D'après Pernice, *Labeo* (II, 456), la partie finale de ce texte aurait été interpolée, mais les raisons qu'il allègue ne sont pas décisives. Cf. KARLOWA, II, 402.

(2) PAP., *h. t.*, XLI, 2, 49, 2; PAUL, 47.

(3) Sauf le cas où le maître savait, au moment de l'achat, que la chose était à autrui. CELS., ap. PAUL., *D.*, XLI, 4, 2, 11 et 13.

(4) Il ne faut pas en exagérer l'importance : au début de l'Empire, la possession des terres était, en bien des cas, régie par le droit local. L'idée d'une réglementation uniforme se fit jour lorsque les provinciaux prirent l'habitude de s'adresser à l'empereur soit comme juge supérieur, soit pour obtenir sa protection contre les abus de pouvoir des gouverneurs.

(5) Cf. DARESTE, *Rev. de législ.*, 1870, p. 290; *N. R. H.*, VII, 191 : le procès d'Hermias de l'an 117 a. c., et les textes cités par J. PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio im klassischen röm. Recht*, 1906, p. 120. La longue possession était admise en Chaldée à l'époque de la 1ʳᵉ dynastie Babylonienne : cf. Ed. CUQ, *Essai sur l'organisation judiciaire de la Chaldée*, 1910, p. 23.

(6) JAV., *D.*, XLI, 3, 21; JUL., ap. ULP., *D.*, XII, 2, 13, 1; GAIUS, *D.*, XXI, 2, 54 pr. sont interpolés.

(7) *P. Berlin*, I, 267 : μακρᾶς νομῆς παραγραφή. Ce rescrit fut affiché à Alexandrie le 19 avril 200 (*P. Strassb.*, 22).

pro reo. Mais ces *præscriptiones* étaient depuis longtemps tombées en désuétude (1), lorsque la prescription *l. t.* fut introduite dans la législation romaine. Elle est, d'ailleurs, soumise à des règles étrangères au droit prétorien (délai continu; possession incontestée *erga omnes*).

La prescription exige, comme l'usucapion, un juste titre et la bonne foi (2); elle en diffère par son but, sa durée, ses conditions, ses effets :

1° La *l. t. p.* n'est pas un succédané de l'usucapion; elle n'a pas pour but de consolider une acquisition entachée de certains vices. Elle a une portée générale : elle sert à protéger la possession de la liberté, d'un *jus sepulcri*, d'un privilège d'immunité (3), aussi bien que celle d'un fonds provincial. Elle est fondée sur une présomption : le silence prolongé du demandeur fait présumer que son droit n'existe pas ou qu'il y a renoncé (4).

2° La durée de la possession est de 10 ans entre présents, de 20 ans entre absents (5). Cette condition fut d'abord entendue d'une manière très étroite : on exigeait à la fois la présence des parties et la présence de la chose. Le délai de 10 ans s'appliquait au cas où les deux plaideurs résidaient dans la cité où le fonds était situé. Certains jurisconsultes soutinrent que la présence de la chose n'était pas nécessaire, et cette opinion fut consacrée par Justinien avec une double modification : il substitua le domicile à la résidence, la province à la cité. Dès lors, le délai de 10 ans n'est applicable que si les plaideurs sont domiciliés dans la même province. Cf. C. civ. 2265.

Le délai exigé pour la prescription est continu, comme celui de l'usucapion (6). C'est une différence avec les délais fixés par le Préteur : le droit honoraire n'admet que des délais utiles. L'application de la règle aurait été trop rigoureuse à l'égard des mineurs et des soldats : elle a été atténuée par le Préteur pour l'usucapion, par les empereurs pour la prescription. Le Préteur restitue au mineur ou à l'absent *ex justa causa* la revendication que l'usucapion lui a fait perdre (7). Les empereurs déclarent que la prescription est suspendue en leur faveur (8).

3° La possession doit être incontestée *(sine controversia)* pendant l'intégralité du délai (9). Une interpellation suffit pour interrompre la prescription. Il n'en est pas ainsi de l'usucapion : la demande en justice elle-même n'est pas une cause d'interruption. L'usucapion peut

(1) Gaius, IV, 133.

(2) Gord., *C.*, V, 73, 1; III, 32, 4; IV, 52, 1; Diocl., *C.*, VII, 33, 2. Le doute, que *P. Berlin* avait fait naître quant à la bonne foi, a été dissipé par *P. Strassb.*, 22.

(3) Diocl., *C.*, VII, 22, 1 et 2; Alex., *C.*, III, 44, 6; *C. I. L.*, III, 781 (an 201).

(4) Gordien l'appelle *diuturni silentii præscriptio* (*C.*, IV, 52, 1; VII, 36, 1). Les empereurs ont refusé d'appliquer la *l. t. p.* aux actions personnelles. Le grand nombre de rescrits, relatifs à cette question, prouve la résistance qu'ils rencontraient dans les provinces. Carac., *C.*, II, 18, 8; Diocl., *C.*, III, 31, 7; V, 51, 8, VI, 30, 8; VII, 35, 5; VIII, 44, 21. Cf. pour la pétition d'hérédité, *C.*, VII, 34, 4.

(5) *P. Berlin*, 267; Paul, V, 2, 3; Diocl., *C.*, VII, 33, 12, 1.

(6) Paul., V, 2, 3 : *Continui decennii spatio*.

(7) Diocl., *C.*, II, 35, 1; Ulp., *D.*, IV, 6, 1, 1; 28, 5; Gord., *C.*, II, 53, 3.

(8) Diocl., *C.*, VII, 35, 3 et 7.

(9) *Ibid.*, 4 : *Inconcussa*; *C.*, VII, 32, 2 : *Non interrupta inquietudine litis*.

se terminer au cours du procès (1), le procès ne fait pas perdre la possession, et la mauvaise foi postérieure à l'entrée en possession d'un acquéreur à titre onéreux ne l'empêche pas d'usucaper. En matière de prescription, il n'est pas nécessaire qu'il y ait procès, ni que l'interpellation émane d'un véritable ayant droit. Celui qui, à un moment quelconque, a été inquiété dans sa possession, ne peut invoquer la présomption qui sert de fondement à la *l. t. p.* Alors même qu'il aurait continué à posséder paisiblement pendant plus de 20 ans, il ne pourra jamais prescrire. Mais, si la chose passe à un acquéreur de bonne foi, celui-ci commencera une possession nouvelle et pourra prescrire (2).

4° La jonction des possessions est admise plus largement qu'en matière d'usucapion : l'acquéreur à titre gratuit peut l'invoquer, comme l'acquéreur à titre onéreux (3).

5° La prescription peut être opposée au créancier hypothécaire aussi bien qu'au précédent propriétaire (4). La présomption qui lui sert de fondement se justifie également dans les deux cas. La prescription de l'hypothèque a, d'ailleurs, ses conditions propres ; elle peut s'achever plus tôt ou plus tard que la prescription de la possession ; elle peut être opposée par celui qui ne pourrait invoquer la prescription de la possession, et réciproquement. L'usucapion, au contraire, mode d'acquérir la propriété, laisse subsister les charges qui grevaient la chose du chef du précédent propriétaire (p. 665, 6 ; 669, 3).

6° La prescription s'applique aux terres du fisc, comme à celles des particuliers : mais elle ne s'opère que par 20 ans (5). Elle a été étendue aux meubles (6), puis aux fonds italiques (7).

(1) Gaius, *D.*, VI, 1, 18 ; Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 4. Mais le juge prescrit au défendeur de transférer la propriété au demandeur. Cf. p. 298.

(2) Sev., Car., *C.*, VII, 33, 1 ; Paul., V, 3, 5.

(3) Paul., *D.*, XVIII, 1, 76, 1. Just., *C.*, VII, 31, 1, 3.

(4) Paul., *D.*, XLIV, 3, 12 ; Gord., *C.*, VII, 36, 1 ; Diocl., *eod.*, 2.

(5) *C.*, VII, 33, 1. Dans ce rescrit, rendu en 202, très peu de temps après la publication en Egypte de la constitution sur la *l. t. p.*, les empereurs tranchent plusieurs difficultés qui leur furent soumises par un haut fonctionnaire, Julianus. Ils décident que la *l. t. p.* doit être appliquée *in re publica*, c'est-à-dire, suivant l'opinion admise jusqu'ici, lorsque le demandeur est une cité. Mais l'expression *res publica* a une signification plus large et désigne avant tout les biens de l'Etat ; cette interprétation doit être préférée à cause de l'opposition établie avec les *res privatae* au début du rescrit. Elle est confirmée par une observation relative à la fonction du destinataire du rescrit. Son nom est, dans le manuscrit, suivi du sigle *P*, qu'on a proposé de lire *P(raefecto)* en suppléant *P(raetorio)* qui aurait été omis. Rien ne justifie cette restitution : Krueger l'a écartée ; il a même supprimé le sigle *P* qu'il renonce à expliquer. Mais deux papyrus récemment publiés nous font connaître un Claudius Julianus qui, après avoir été préfet de l'annone en janvier 201 (Borghesi, III, 128), fut *rationalis* d'Egypte entre 202 et 204 (*P. Giessen*, 48) et qui l'était encore le 27 décembre 209 (*Arch. Pap.*, V, 418). C'est à lui que fut adressé le rescrit : *Juliano R(ationali)*. L'erreur du copiste se conçoit aisément : il a lu *P* au lieu de *R*. L'extension de la *l. t. p.* aux terres publiques devait être notifiée au *rationalis* qui avait l'administration et la surveillance des biens du fisc. — La *l. t. p.* n'est pas admise pour les *loca juris gentium publica*. Pap., *h. t.*, 45 pr.

(6) Marc., *D.*, XLIV, 3, 9. Après l'extension du droit de cité par l'édit de Caracalla, la *l. t. p.* des meubles devint inutile pour les pérégrins qui avaient acquis la cité romaine (Diocl., *C.*, VII, 34, 2) ; elle conserva son intérêt pour les autres : Dioclétien déclare que la *l. t. p.*, comme l'usucapion, ne s'applique pas aux *res furtivae*. (*C.*, VI, 1, 1.)

(7) Diocl., *C.*, VII, 35, 3. Ce rescrit est adressé au *corrector Italiae*.

7° La prescription doit être invoquée devant le magistrat sous la forme d'une exception (1) : le juge ne peut en connaître sans un pouvoir spécial mentionné dans la formule. L'usucapion, au contraire, qui tend à mettre à néant le droit de l'adversaire, peut être invoquée en tout état de cause.

2. *Longissimi temporis præscriptio.* — Le possesseur qui n'était pas dans les conditions voulues pour usucaper ou pour prescrire, restait exposé à la revendication du propriétaire, quelle que fût la durée de sa possession. Ce résultat parut excessif. Le droit du Bas-Empire a admis la prescription extinctive de l'action en revendication. Le délai fixé par Constantin à 40 ans a été réduit par Théodose II à 30 ans (2). Le propriétaire qui, durant tant d'années, n'a pas fait valoir son droit, est non-recevable à l'invoquer en justice contre le possesseur : c'est la peine de sa négligence. L'effet de cette prescription est moins absolu que celui de la prescription acquisitive : le propriétaire conserve son titre et peut le faire valoir contre un nouveau possesseur pendant 30 ans. De son côté, celui qui a la possession trentenaire n'acquiert pas la propriété; s'il perd la chose, il ne peut la revendiquer : il n'a que le droit de repousser la réclamation du propriétaire par la *præscriptio longissimi temporis.* Un siècle plus tard, Justinien donna à la prescription trentenaire un effet plus radical : elle confère la propriété à l'acquéreur de bonne foi sans qu'il ait à justifier d'un juste titre (3).

§ 13. **Usucapion et prescription sous Justinien.** — La distinction des fonds provinciaux et des fonds italiques, quant aux effets d'une possession prolongée, a subsisté jusqu'à Justinien. Elle n'était guère justifiée depuis que l'Italie était au pouvoir des rois barbares. Elle n'avait d'intérêt que pour les fonds gratifiés du *jus Italicum.* C'était une cause d'erreur pour les propriétaires qui, habitués aux délais de 10 à 20 ans applicables dans la majorité des cas, étaient dépouillés de leur droit au bout de 2 ans, lorsqu'ils avaient des terres situées dans une cité jouissant du *jus Italicum* (4). Justinien supprima l'usucapion biennale des fonds italiques, qui ne laissait au propriétaire qu'un délai trop bref pour revendiquer sa chose. Dans tout l'Empire, la prescription des immeubles eut lieu par 10 ou 20 ans (5).

Pour la même raison, Justinien allongea le délai requis pour l'usucapion des meubles. Ce délai, qui était d'un an dans les provinces comme en Italie (6), fut porté à 3 ans.

Ces modifications au droit antérieur, jointes à la suppression de la

(1) *Exceptio longæ possessionis :* Pap. *l. c.* ; Ulp., *D.*, XLIV, 3, 5, 1 ; Paul., 12.
(2) *C. Th.*, IV, 13, 2. *Lex Constantiniana :* Valent. I, *C.*, VII, 39, 2 (Rome) ; Theod. II, *eod.*, 3 (Orient).
(3) Est exclu de cette faveur celui qui s'est emparé de la chose par violence : *C.*, VII, 39, 8, 1-2. D'après C. civ. 2262, on ne peut opposer à celui qui invoque la prescription trentenaire, l'exception déduite de la mauvaise foi.
(4) *C.*, VII, 31, 1 pr.
(5) Après la conquête de l'Italie par Justinien, le régime nouveau de la prescription acquisitive y fut rendu applicable (Pragm. *pro petit. Vigilii*, c. 11), mais la pratique des notaires continua à qualifier usucapion cette prescription. Cf. un papyrus de Ravenne de 572 (Marini, 120, l. 44).
(6) *Ib.*, 1, 2 : *Antiqui et in rebus mobilibus... usucapionem extendebant, non in Italico solo nexu, sed in omnem orbem terrarum.*

division des choses *mancipi et nec mancipi*, eurent pour résultat de réduire à un seul les cas d'application de l'usucapion transformée : elle confère la propriété à celui qui a acquis une chose d'un non-propriétaire avec juste titre et bonne foi et l'a possédée pendant le délai légal.

Le rapprochement établi entre la *l. t. p.* et l'usucapion eut une conséquence très importante : la prescription *longi temporis* est considérée comme un mode d'acquérir la propriété. La prescription acquisitive des immeubles et l'usucapion des meubles sont dès lors soumises à des règles uniformes. En général, on a fait prévaloir celles de la prescription : l'usucapion ne court pas contre les mineurs, sans qu'on ait besoin de demander l'*in integrum restitutio;* elle est interrompue par une requête adressée au gouverneur de la province ou à défaut à l'évêque, ou au défenseur de la cité (1). Mais la demande en justice n'arrête pas le cours de l'usucapion des meubles (2). D'un autre côté, la prescription produit un effet qui, jusqu'alors, était propre à l'usucapion : le silence de l'ayant droit lui fait perdre non seulement son action, mais aussi son droit réel, lorsque le possesseur est de bonne foi. La Novelle 119, c. 17, a restreint l'effet de la prescription au cas où le propriétaire a eu connaissance de l'aliénation. C'est une dérogation à la règle consacrée par le Code (3).

VI. Perte du droit de propriété.

Le droit de propriété est perpétuel de sa nature : il se déplace, il ne s'éteint pas. En général, quand une personne cesse d'être propriétaire d'une chose, c'est qu'elle a transféré son droit à une autre; le droit de propriété se perd par les mêmes modes qui servent à l'acquérir. Mais s'il y a des cas où la propriété est perdue par la volonté de celui à qui elle appartient, il y en a d'autres où elle est perdue sans un acte de sa volonté. De là deux causes d'extinction de la propriété.

La propriété est perdue par la volonté de celui à qui elle appartient : *a)* lorsqu'il transfère son droit à un autre; *b)* lorsqu'il fait l'abandon de sa chose *(derelictio)* (4). Suivant les Proculiens (5), il reste

(1) Just., *C.*, II, 40, 5; VII, 40, 2, 1.
(2) *Inst.*, IV, 17, 3; Gaius, *D.*, VI, 1, 18.
(3) *C.*, VII, 33, 12, 3b : *Nulla scientia vel ignorantia exspectanda.*
(4) Jul., Proc. ap. Paul, *D.*, XLI, 7, 2, 1. Pomp., *eod.*, 7, 5 pr.
(5) Proc., *eod.* Celui qui s'empare de l'objet abandonné acquiert-il la propriété à titre d'occupation ou de tradition? Pomponius rapproche ce cas de celui où un magistrat jette à la foule des *missilia* (p. 277, 2). Il y a cependant entre les deux cas une différence : le magistrat a l'intention de livrer la chose à une personne incertaine; le *derelinquens* a voulu simplement renoncer à sa chose. Malgré cette différence, il semble bien qu'on ait prêté au *derelinquens* l'intention de transférer la propriété à qui la voudra. Conséquence : si la chose abandonnée est *nec mancipi*, celui qui s'en empare en devient propriétaire de suite; si elle est *mancipi*, l'usucapion est nécessaire; elle a lieu *pro derelicto*. Sous Justinien, la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* a été supprimée, l'usucapion a lieu *pro derelicto* si la chose a été abandonnée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire. Paul, *eod.*, 4. Cf. sur les applications de la *derelictio* (Jav., *D.*, XLV, 3, 36; Ulp., *D.*, IX, 4, 38, 1; VIII, 5, 6, 2; Mod., *D.*, XLI, 7, 3), Czyhlarz, dans Glück, *op. cit.*, 110, et sur l'usucapion *pro derelicto*. Karlowa, II, 415. — Le *jactus missilium*, interdit par Marcien, a été autorisé par Justinien : *Nov.*, 105, c. 2, 1.

propriétaire de la chose jusqu'à ce que quelqu'un en ait pris possession : leur opinion n'a pas prévalu (1).

La propriété est perdue sans la volonté du propriétaire : *a)* lorsqu'elle est anéantie matériellement ou juridiquement, c'est-à-dire lorsqu'elle disparaît dans son individualité (perte matérielle (2), alluvion, incorporation), ou cesse d'être dans le commerce (consécration aux dieux); *b)* lorsqu'un animal sauvage recouvre sa liberté naturelle. Si cet animal a été domestiqué, la propriété n'est perdue que lorsqu'il n'a plus l'esprit de retour (3); *c)* à titre de peine, lorsque des objets sont confisqués pour contravention aux règlements *(commissum)* (4).

VII. **Sanction de la propriété.**

La propriété est sanctionnée par des moyens divers : la propriété quiritaire par la revendication dont l'exercice est facilité pour les meubles par l'action *ad exhibendum,* la propriété prétorienne par la Publicienne, la propriété des pérégrins par une action réelle fictice, la propriété provinciale par une action réelle et par la Publicienne. La propriété est aussi protégée contre la prétention à un droit de servitude par l'action négatoire (p. 349), contre certaines atteintes (vol, incendie, destruction ou détérioration, etc.), par divers moyens de procédure qui tendent, les uns à l'application d'une peine, les autres à prévenir ou à réparer un dommage. Ces moyens seront indiqués à propos des délits.

§ 1er. **Propriété quiritaire.** — La propriété quiritaire a été de tout temps sanctionnée par la revendication. Mais cette action ne s'applique pas, à l'époque antique, aux choses considérées comme moins précieuses et qui cependant comptent dans la fortune d'un citoyen. L'ayant droit ne peut prendre les dieux à témoin de la légitimité de son droit; l'action par serment lui est refusée pour recouvrer sa chose. Les Douze Tables l'ont cependant protégé contre une soustraction frauduleuse (5) :

(1) *Inst.*, II, 1, 47. La distinction de l'objet abandonné et de l'objet perdu est souvent délicate ; elle est importante pour l'application de l'action *furti.* Celui qui s'approprie un objet abandonné ne commet pas de vol; celui qui s'empare d'un objet perdu est un voleur, à moins qu'il ne le considère comme abandonné ou qu'il n'ait l'intention de le rendre à celui qui le réclamera. Pour éviter des difficultés, il était d'usage d'annoncer par une affiche qu'on avait trouvé un objet et qu'on le tenait à la disposition de son propriétaire. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 43, 4-8.

(2) Scæv., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 6, 10, 1 ; Sab., ap. Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 21. Le propriétaire conserve son droit sur ce qui reste de sa chose. Cels., *D.*, VI, 1, 49, 1. L'inondation temporaire d'un champ n'en fait pas perdre la propriété. Pomp., *D.*, VII, 4, 23; Ulp., *eod.*, 10, 2; Gaius, *D.*, XLI, 1, 7, 6.

(3) Gaius, *eod.*, 3, 2; 5 pr., 5-6.

(4) *Leges censoriæ :* Varr., *R. r.*, II, 1, 16. Lab., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 8, 2, 20; Ulp., *D.*, XXXIX, 4, 14. Loi de Genetiva Julia, c. 76. *Lex metalli Vipascensis*, 1, 39. La perte de la propriété à titre de peine avait lieu parfois en vertu d'une *lex locationis.* Cato, *R. r.*, 146; inscr. d'H. Mettich, 1. 12-13. Cf. Edouard Cuq, *le Colonat partiaire*, 53; *N. R. H.*, 1899, p. 648, 5.

(5) Fest., v° *Tignum : Est in XII : Tignum junctum ædibus vineave et concapit, ne solvito.* Ulp., *D.*, XLVII, 3, 1 pr. ajoute que la revendication est exclue : *Lex XII Tab. neque solvere permittit tignum furtivum ædibus vel vineis junctum, neque vindicare.* On en a conclu que la revendication était permise au temps des Douze Tables pour les choses non précieuses. Mais la comparaison des textes d'Ulpien et de Festus prouve

a) elles défendent à celui à qui on a pris une pièce de bois, pour l'incorporer à une construction, de la retirer *(solvere)* : cela compromettrait la solidité de la maison et serait contraire à l'intérêt général. Mais la loi permet au propriétaire d'exiger du constructeur le double de la valeur de l'objet; elle lui accorde l'action *de tigno juncto* (1). — *b*) La même action est donnée contre le vigneron qui, pour soutenir sa vigne, a employé un échalas appartenant à autrui. Si plus tard la maison est démolie ou si, pendant qu'on la répare, la pièce de bois est dégagée; si l'échalas est sorti de terre pour être mis à l'abri pendant la mauvaise saison (2), le propriétaire peut l'enlever. — *c*) Les actions de vol se donnent à celui qui a un pouvoir de fait sur la chose volée. Il suffit de justifier d'un intérêt respectable (p. 563).

1. Procédure de la revendication. — La forme, les conditions d'exercice, la procédure et les effets de l'action en revendication ont varié suivant les époques.

a) *Ancien droit.* — La revendication est une action par laquelle deux personnes affirment, contradictoirement, sous la foi du serment, qu'une certaine chose leur appartient en vertu du droit des Quirites. Cette action ne fut admise, à l'origine, que pour les personnes et les choses placées sous la protection des dieux (membres de la famille, esclaves, animaux servant à la culture). La procédure comprend deux phases : l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge.

Dans la première, chacun des plaideurs saisit la chose litigieuse et pose à son tour sa baguette *(festuca)* sur elle, puis sur son adversaire, en affirmant son droit de propriété : c'est un combat simulé (3) qui prend fin sur l'ordre du Préteur de lâcher l'objet (4).

Après la *vindicatio* et la *contravindicatio* (5), le premier revendiquant somme l'autre de dire pourquoi il a fait la *vindicatio;* le second se borne à répondre qu'il en avait le droit. Devant ce refus de s'expliquer, le Préteur invite le premier à recourir au serment. Chacun des plaideurs jure qu'il est propriétaire et provoque son adversaire à déposer, plus tard à promettre sous caution *(prædes sacramenti)* une somme de 50 ou 500 as, suivant que la valeur de la chose est inférieure ou supérieure à 1 000 as. Enfin, le magistrat attribue la chose au possesseur (6), à

qu'il n'était pas question de revendication dans la loi. L'exclusion de la revendication a été admise par les Prudents comme conséquence de la défense de *tignum solvere,* lorsque cette action a reçu une portée générale : *Nec vindicari potest,* dit Paul (*D.*, VI, 1, 23, 6), *propter legem XII Tabularum.*

(1) Ulp., *l. c.*, Paul, *D.*, X, 4, 6; XXIV, 1, 63. La loi suppose que la pièce de bois a été volée : l'action figure dans l'Édit parmi les actions *furti.* Cf. Lenel, II, 53. R. Monier, *Le tignum junctum,* thèse Paris, 1922.

(2) Mais non pendant la taille de la vigne. (Fest., v° *Sarpiuntur.*) Sous l'Empire, l'exercice de l'action *de tigno juncto* n'exclut pas la revendication. Ulp., *eod.*

(3) Gell., XX, 10 : *vis festucaria.* Cf. p. 844.

(4) Gaius, IV, 16 : *Mittite ambo hominem.* Sur la distinction de *sacramento quærere* et *contendere*, cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, IV, 953.

(5) Cic., *p. Mur.*, 12. Gaius, IV, 16 : *Cum uterque vindicasset* (II, 24) : *postquam hic vindicaverit, Prætor interrogat eum qui cedit an contra vindicet.*

(6) C'est la *vindiciarum dictio.* On a prétendu que le magistrat jouissait d'un pouvoir arbitraire pour l'attribution des *vindiciæ* (Jhering, *Fondement de la protection possessoire*, 62). Cette conjecture, qui a été imaginée pour expliquer l'origine des interdits conservatoires et de la *bonorum possessio*, est contraire aux textes (Denys,

charge de fournir des cautions *(prædes litis et vindiciarum)*, sinon, au revendiquant sous la même condition (1). Ces cautions garantissent la restitution de la chose et des fruits au cas où la partie adverse obtiendrait gain de cause; elles s'obligent envers l'État (2). La concordance des solennités imposées aux parties rend manifeste le consentement des adversaires à faire statuer sur la légitimité de leurs prétentions. Cet accord, qu'il était d'usage de faire constater par témoins, était indispensable pour que l'Etat vînt s'immiscer dans le différend.

Le début de la procédure fut modifié lorsque la propriété quiritaire s'appliqua aux fonds de terre et aux choses *nec mancipi*. Pour les choses qu'il était impossible ou difficile de transporter ou de conduire en justice, comme un immeuble (3), un navire, un troupeau, on se contenta de porter devant le magistrat un objet représentatif, une motte de terre, une rame, un mouton. Cet expédient (4), qui atténue la rigueur des formes anciennes, n'a pu s'introduire qu'à une époque récente (5).

La seconde phase de la procédure a pour but de déterminer lequel des plaideurs a prêté un faux serment. Chacun d'eux ayant juré qu'il est propriétaire doit prouver sa prétention. C'est là une différence avec le droit postérieur; ce n'est pas la seule : le juge ne prononce pas de condamnation; il se borne à statuer sur les serments prêtés. Il déclare que le serment de celui qui a prouvé son droit est juste, que le serment de son adversaire est injuste. En conséquence, celui dont le serment est déclaré juste garde la chose s'il en a obtenu la possession intérimaire; dans le cas contraire, il s'adresse aux *prædes litis et vindiciarum* pour se faire restituer la chose et les fruits. S'ils ne peuvent les restituer en nature, on charge trois arbitres d'en déterminer la valeur : le défendeur

XI, 30; Liv. III, 44; Pomp., *D.*, I, 2, 2, 24.) On a objecté que ces textes prévoient un cas exceptionnel, celui d'une question d'état. Mais Gaius (IV, 94) dit sans distinguer : *Olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis... a possessore petitori dabantur*. Cf. Edouard Cuq, *Recherches sur la possession*, 1895, p. 11.

(1) Gaius, IV, 16 : *Prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat*. Si les parties sont d'accord, les *vindiciæ* sont attribuées conformément à leur indication. Liv., III, 44, 45 : *cedere vindiciis*. Par exception, dans les procès relatifs à la liberté, les *vindiciæ* sont toujours attribuées à celui qui passe pour un homme libre (Pomp., *D.*, I, 2, 2, 24 : *secundum libertatem*); dans les procès relatifs aux aqueducs, les *vindiciæ* sont attribuées à l'Etat. (Cat., ap. Fest., v° *Vindiciæ*.)

(2) On pourrait en douter à la lecture de Gaius (IV, 16, 94), mais ce serait contraire aux textes qui présentent toujours le *præs* comme s'obligeant envers l'Etat. Gaius veut dire que le *præs* s'oblige dans l'intérêt de la partie adverse. L'Etat exige cette caution parce que, s'étant interposé pour arrêter l'exercice de la justice privée, il ne veut pas que celle des parties qui n'a pas obtenu la possession, alors qu'elle était propriétaire, puisse lui reprocher de l'avoir mise hors d'état de recouvrer sa chose.

(3) Gaius (IV, 17). La propriété de la maison de ville n'a guère pu être contestée aux premiers siècles, alors que cette maison était bâtie sur l'*heredium* concédé par l'Etat. Pour les maisons construites à la campagne, les contestations n'ont pu se produire qu'après l'appropriation des terres gentilices.

(4) Cicéron (*p. Mur.*, 12) en indique un autre pour les fonds de terre : on simulait un transport des parties et des témoins sur l'immeuble litigieux.

(5) Gaius dit qu'on prend une tuile pour représenter la maison : or, aux premiers siècles, la maison romaine était couverte de chaume (Serv., in *Æn.*, II, 445; in *Ecl.*, I, 69), puis de bois (Plin., *H. n.*, XVI, 10, 36). Les tuiles n'apparaissent qu'après l'incendie de Rome par les Gaulois en 365 (Liv., V, 55), et l'usage n'en a été généralisé qu'un siècle plus tard après la guerre contre Pyrrhus. (Plin., *eod.*) Au temps de Caton l'ancien, un juge ne voulut statuer sur une servitude de gouttière que *in re præsenti*. Fest., v° *Stiricidium*.

ou ses garants doivent payer le double de cette estimation (1). Les *prædes* ne peuvent se soustraire à cette obligation sans s'exposer à être saisis et vendus pour le compte de l'État.

b) Époque classique. — Le propriétaire a, dans la plupart des cas, un moyen de protection plus commode que la revendication : les interdits possessoires. Il y a recours soit pour retenir sa chose s'il la possède, soit pour la recouvrer contre celui dont la possession est à son égard entachée du vice de violence, de clandestinité ou de précarité. Il y trouve l'avantage d'être dispensé de la preuve de son droit (2).

Quant à la revendication, l'action de la loi *per sacramentum* n'a été conservée sous l'Empire que pour les affaires soumises aux centumvirs (3); dans tout autre cas, le revendiquant a le choix entre deux procédures : l'une par formule pétitoire, l'autre *per sponsionem*. Dans la première, le juge est appelé à statuer directement sur la prétention du demandeur à la propriété; dans la seconde, cette prétention lui est soumise d'un manière indirecte : le juge examine si le demandeur a droit à une somme très modique qui lui a été promise pour le cas où il serait propriétaire de l'objet litigieux ; le sort du procès dépend d'ailleurs de l'opinion que se fera le juge sur la question de propriété.

De ces deux procédures, la plus ancienne est la procédure *per sponsionem* : elle apparaît à côté de l'action de la loi par serment avant Cicéron (4). Elle s'est maintenue sous l'Empire, à côté de la procédure par formules. Au IIe siècle de notre ère, elle consiste en deux stipulations successives faites devant le magistrat (5) : le revendiquant stipule de son adversaire 25 sesterces pour le cas où il prouverait son droit de propriété, puis il stipule de lui, sous caution, une somme égale à la *litis æstimatio* pour le cas où son adversaire ayant succombé, ne restituerait pas la chose et les fruits produits au cours du procès. La première stipulation est de pure forme : c'est une manière indirecte de soumettre au juge le fond du débat. La formule délivrée par le Préteur a bien pour objet 25 sesterces, mais cette somme n'est jamais exigée : la *sponsio* est préjudicielle, et non pénale comme celle qui est usitée dans l'action *certæ pecuniæ creditæ*, ou dans les interdits. La seconde sti-

(1) Ps. Ascon., in *Verr.*, 191 ; Fest., vº *Vindiciæ*.

(2) Gaius, *h. t.*, 24. Cf. p. 321.

(3) Elle a d'ailleurs subi une modification : au lieu de promettre au Préteur, sous la garantie des *prædes*, de verser au trésor 50 ou 500 as, les parties font une *sponsio* de 125 sesterces en raison d'une loi Crepereia de date inconnue (Gaius, IV, 95). Ce texte donne lieu à une grave difficulté : la *sponsio* dont il parle semble être unilatérale et préjudicielle comme celle de la procédure *per sponsionem*, elle n'en différait que par la sanction. Au lieu de réclamer les 125 sesterces par une formule, on aurait recours à l'action de la loi, au *sacramentum in personam*. Mais Aulu Gelle (XX, 10) atteste la persistance au IIe siècle, de la *manus consertio* qui caractérise le *sacramentum in rem* et du débat sur les *vindiciæ*. Gaius lui-même affirme (IV, 16) que la *hasta* est plantée devant le tribunal des centumvirs. Tous ces détails prouvent le maintien de l'antique procédure dans ses parties essentielles.

(4) Cic., 2 *in Verr.*, I, 45, 135. En présence de ce texte, la coexistence de cette procédure avec celle des actions de la loi ne saurait être contestée : *lege ageret in hereditatem aut... sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.* Cf. Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile*, 1896, I, 481. Naber, *De in rem actione legitima et per sponsionem*, 1912.

(5) Gaius, IV, 89, 91, 93-94.

pulation est appelée *pro præde litis et vindiciarum*, parce qu'elle tient lieu des *prædes litis vindiciarum* exigés dans l'action par serment (1).

Cette procédure ressemble à la procédure par serment en ce que la question posée au juge ne porte pas directement sur l'objet du litige; elle en diffère en ce qu'elle est unilatérale : il n'y a pas de *contravindicatio*. Le demandeur seul affirme son droit et doit le prouver; le rôle du défendeur se borne à contester la prétention de l'adversaire (2).

Si cette procédure a eu, dès l'origine, le caractère que Gaius lui attribue (3), elle doit avoir été introduite comme conséquence de la création des interdits conservatoires. Vis-à-vis d'un adversaire qui avait obtenu gain de cause dans le débat au possessoire, la situation n'était plus entière : le Préteur ne pouvait lui retirer sa protection tant que le demandeur n'avait pas prouvé son droit de propriété. La procédure *per sponsionem* fournissait au demandeur le moyen de faire statuer indirectement sur sa prétention sans porter atteinte à la situation de fait du défendeur (4). Celui-ci ne pouvait guère refuser d'accepter le débat dans les termes où il lui était offert : un enjeu insignifiant et qui n'était pas même payé; une procédure plus simple que l'action de la loi par serment : la solennité se réduisait à un contrat verbal; moins dangereuse : aucun dépôt au profit de l'État; enfin plus de facilité pour trouver des cautions : au lieu de *prædes*, soumis à la *manus injectio*, on se contentait de débiteurs accessoires qui pouvaient espérer n'être poursuivis qu'en cas d'insolvabilité du défendeur. L'utilité de cette procédure ne fut pas d'ailleurs restreinte au cas où le défendeur avait triomphé au possessoire, elle dut être également usitée lorsqu'on plaidait devant un magistrat qui n'avait pas la *legis actio*.

2° La procédure par formule pétitoire est, à l'époque classique, la

(1) Le défendeur promet une somme qui sera exigible si l'une des conditions prévues se réalise (Ulp., *D.*, XLVI, 7, 5, 2). Parmi ces conditions, on peut citer les clauses *ob rem judicatam*, *ob rem non defensam*, *de dolo malo*. Lenel (II, 279) a établi que plusieurs textes insérés au titre *judicatum solvi* se rapportaient à notre stipulation.

(2) L'*actio per sponsionem* est-elle une véritable procédure se suffisant à elle-même et conservant son caractère d'action réelle? ou bien la *sponsio* doit-elle être traitée comme une stipulation ordinaire dont l'exécution sera poursuivie par une action personnelle? Dans ce dernier cas, le recours à la *sponsio* aurait pour effet de transformer l'action réelle en action personnelle. Stintzing (*Ueber das Verhältniss der* legis actio sacramenti *zu dem Verfahren durch* sponsio præjudicialis, 1853), dont l'opinion est suivie par F. Girard (352, 1), pense que la *sponsio* donna lieu, suivant les époques, à une *legis actio sacramenti in personam*, puis à une *l. a. per condictionem*, enfin à une action *certæ pecuniæ*. Les Prudents, dit-il, n'avaient pas le droit de créer une procédure nouvelle : ils ne pouvaient que suggérer le recours à un expédient, à une *sponsio* soumise au droit commun. Cette manière de voir souffre bien des objections : 1° Gaius (IV, 91) présente l'*actio per sponsionem* comme une action *in rem* de même que la formule pétitoire ; 2° celui qui a succombé en se présentant comme créancier renouvellera sa demande en qualité de propriétaire et en exerçant l'action de la loi *per sacramentum in rem* : la règle *bis de eadem re ne sit actio* sera éludée; 3° Cicéron (*loc. cit.*) oppose l'action de la loi à l'*actio per sponsionem* : ce sont donc deux procédures distinctes. Cf. en ce sens Jobbé-Duval, I, 483.

(3) La question est discutée. Certains auteurs pensent que la procédure *per sponsionem* eut d'abord un caractère pénal; elle aurait exigé des stipulations réciproques; ce serait une variété de procédure par le pari. (Jobbé-Duval, I, 460.) Il y en a un exemple de l'an 513 dans un cas tout différent, en matière de *jus triumphandi* : V, Max., II, 8, 2.

(4) Cf. Naber, *De in rem actione legitima et per sponsionem*.

procédure normale. Introduite pour les procès entre citoyens et pérégrins dans les provinces, elle fut bientôt généralisée. Elle se caractérise par la rédaction d'une instruction écrite ou formule délivrée par le magistrat et remise au juge chargé de statuer. Ce juge reçoit des pouvoirs étendus qui lui permettent de donner satisfaction à l'équité. A cet égard, la nouvelle procédure diffère des procédures antérieures autant qu'une action de bonne foi diffère d'une action de droit strict (1). Elle n'a de commun avec la procédure *per sponsionem* que son caractère unilatéral : les parties jouent chacune un rôle distinct; il y a un demandeur qui doit prouver sa prétention à la propriété, un défendeur qui a la possession et qui la garde si le demandeur ne fait pas sa preuve (2).

Au Bas-Empire, après la suppression des formules, la revendication est restée soumise aux principes de la procédure par formule pétitoire.

2. Conditions requises pour revendiquer. — *a) Objet.* — La revendication a pour objet une chose corporelle individuellement désignée. C'est une action réelle spéciale par opposition à la pétition d'hérédité qui a pour objet un ensemble de biens (action *in rem generalis*). On ne peut par la même action revendiquer plusieurs objets : ce serait contraire au principe de l'unité de question posée au juge. On a atténué la rigueur de cette règle en permettant de revendiquer un troupeau : on considère le troupeau comme formant un seul tout, sous la réserve du droit des tiers de réclamer tel ou tel animal déterminé (3). Mais on ne peut revendiquer une chose qui a perdu son individualité par suite de son incorporation à une autre (4).

b) Demandeur. — La revendication se donne au propriétaire quiritaire, qui n'a pas la possession. Lorsqu'il possède, il n'a pas en général intérêt à revendiquer (5) : il a les interdits conservatoires. Mais celui qui a commencé à revendiquer peut se raviser et exercer l'*uti possidetis :* il n'est pas censé avoir renoncé à la possession (6).

c) Défendeur. — La revendication est donnée contre celui qui possède au moment où le procès est engagé *(litis contestatio)*. Le demandeur doit, par une *interrogatio in jure*, s'assurer que le défendeur possède, sans quoi la poursuite serait inutile (7). Nul n'est tenu de défendre à la revendication (8). Le défendeur mis en cause est donc libre de décliner le débat pourvu qu'il rende la chose; il n'a pas à craindre, comme dans les actions personnelles, que le magistrat envoie le demandeur en possession de ses biens.

(1) La formule pétitoire a dû s'introduire dans la pratique sous la forme d'un *arbitrium :* elle en a conservé tous les caractères. Cf. p. 851.

(2) Diocl., *C.*, III, 32, 28 : *Res alienas possidens, licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.*

(3) Ulp., *h. t.*, 1 pr., 9; 3; Paul., 2; Pomp., *D.*, XLI, 3, 30 pr.. Cf. Pellat, 121

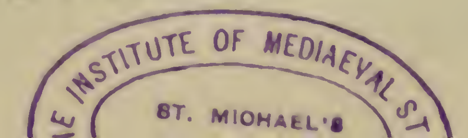
(4) Gaius, II, 79 : *Exstinctæ res vindicari non possunt.* Cf. Pacchioni, *Corso*, II, 189.

(5) Ulp., *D.*, XLIII, 17, 1, 6 : *Actio... numquam ultro possessori datur quippe sufficit ei quod possideat.*

(6) Ulp., *D.*, XLI, 2, 12, 1. D'après *Inst.*, IV, 6, 2, il y a un cas unique où celui qui possède peut revendiquer : c'est peut-être celui qui est indiqué par Ulpien. Cf. Appleton, *Compensation*, 47, 1.

(7) Gaius, *h. t.*, 36; Jav., ap. Paul., *D.*, XI, 1, 20, 1.

(8) Ulp., *D.*, L, 17, 156 pr.



Le défendeur qui accepte le débat et veut garder la possession durant le procès, doit promettre sous caution *judicatum solvi*. Cette satisdation comprend trois promesses distinctes garanties par des cautions (1) : payer le montant de la condamnation fixée par le juge; défendre au procès; s'abstenir de tout dol. Chacun de ces engagements entraîne une responsabilité pécuniaire différente : en quoi cette satisdation diffère de la stipulation *pro prœde litis et vindiciarum* de la procédure *per sponsionem* (2).

A défaut de satisdation *judicatum solvi*, le défendeur est tenu de transférer la possession au demandeur, si celui-ci offre de donner caution; et dès lors les rôles sont intervertis. Sinon on laisse la chose en l'état, ou on la confie à un sequestre.

Le demandeur a recours, en matière immobilière, à l'interdit *quem fundum* pour se faire restituer la chose en offrant de fournir caution (3); en matière mobilière, si la chose est présente, le magistrat autorise le demandeur à l'emmener ou à la prendre *(duci vel ferri jubere)*; si le défendeur cache la chose (p. 823), on agit contre lui *ad exhibendum* (4).

Au Bas-Empire, la règle du droit classique a été modifiée, d'abord pour les immeubles, puis d'une manière générale. Constantin autorise la revendication contre le détenteur d'un immeuble, mais il lui laisse la faculté de se soustraire à la poursuite en faisant connaître celui au nom de qui il possède *(auctoris laudatio)*. Si le possesseur désigné se présente, il prend le rôle de défendeur; sinon il est cité à comparaître, et s'il persiste dans sa contumace, le magistrat, après un examen sommaire de la cause, permet au demandeur de se mettre en possession de l'immeuble, sous la réserve des droits de l'adversaire (5). Sous Justinien, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, la revendication se donne contre toute personne qui détient la chose et a la faculté de la restituer (6). On estime que le propriétaire doit être mis en mesure de triompher de quiconque l'empêche d'user de son droit.

Justinien a admis une dérogation plus grave au droit classique. Dans deux cas, il permet d'exercer la revendication contre un non-possesseur : *a)* contre celui qui s'est offert au procès *(qui liti se obtulit)*. Celui qui se présente comme possesseur, alors qu'il ne l'est pas, commet un dol; il trompe le demandeur en le détournant d'agir contre le véritable

(1) Ulp., *D.*, XLVI, 7, 6 : *Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.*

(2) Celle-ci avait pour objet *una quantitas*. Cf. Lenel, II, 278.

(3) Fur. Anth., *h. t.*, 80; Ulp., frg. de Vienne, IV. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XLVIII, 563.

(4) Ulp., *D.*, II, 3, 1, 1; Lic., *D.*, V, 1, 38. Cf. Lenel, *Grünhuts Z.*, XXXVII, 519. Pissard, *Duci vel ferri jubere*, 1912. Si le meuble est usucapé après la *l. c.*, le défendeur ne sera pas absous, à moins qu'il ne consente à ce qu'on antidate l'*intentio* de la revendication : c'est la *vindicatio repetita die*. Ulp., *D.*, X, 4, 9, 6.

(5) *C.*, III, 19, 2.

(6) Cela résulte d'une phrase ajoutée par les compilateurs à la fin de *D.*, VI, 1, 9; elle est attribuée par eux à Ulpien, mais elle est en contradiction avec le principe posé par lui au début du texte : *inspiciat an reus possideat*. Cf. Siber, *Die Passivlegitimation bei der R. V.*, 1907, p. 26. Kübler, *Sav. Z.*, XXIX, 481; de Ruggiero, *Bull. dir. R.*, XIX, 54.

possesseur qui, pendant ce temps, achève d'usucaper. Si le dol persiste jusqu'à la *litis contestatio*, le défendeur est condamné à indemniser le demandeur du tort qu'il lui a causé, à moins qu'il n'obtienne du possesseur la restitution de la chose (1). *b)* Contre celui qui, par dol, a cessé de posséder avant la *litis contestatio* (2). On le traite comme s'il possédait encore (3). Le dol consiste à détruire la chose, à l'abandonner, à transférer la possession à un tiers en sachant qu'on n'a pas le droit de le faire (4). Ici encore la revendication tient lieu d'une action pénale; le non-possesseur est tenu de réparer le dommage qu'il a injustement causé au revendiquant.

Cette double extension de la revendication est attribuée par les compilateurs aux classiques. Mais les textes qui la consacrent ont été interpolés (5). En droit classique, le non-possesseur était, dans le premier cas, absous dans le procès en revendication, mais il était obligé de réparer le préjudice causé, soit par l'action *ex stipulatu* lorsqu'il avait fourni la caution *pro præde litis vindiciarum* ou *judicatum solvi* et promis de s'abstenir de tout dol (6), soit à défaut de caution, par l'action de dol (7). Dans le second cas, le demandeur avait l'action *ad exhibendum* lorsque la chose était mobilière, l'action de dol lorsque c'était un immeuble (8). Justinien a simplifié la procédure en dispensant le demandeur de recourir à une action distincte de la revendication. Il a également amélioré la situation du demandeur qui obtient une indemnité fixée par lui-même sous la foi du serment.

3. Aliénation faite *judicii mutandi causa*. — Les Douze Tables défendent de consacrer aux dieux une chose dont la propriété est contestée

(1) Ulp., *h. t.*, 25; Paul, *h. t.*, 26; 27 pr.

(2) Celui qui a cessé de posséder, sans dol, par suite d'une vente, peut être tenu dans la mesure de son enrichissement, si le propriétaire de la chose ne peut plus la revendiquer parce qu'elle a péri. Afr., *D.*, XII, 1, 23.

(3) Paul, *D.*, L, 17, 131 : *Dolus pro possessione est*. Cette règle était connue de Labéon : elle était appliquée par l'Edit à l'action donnée contre l'héritier institué qui omet d'accepter la succession pour faire tomber les legs (Ulp., *D.*, XXIX, 4, 1, 12), à l'action *ad exhibendum* (Pomp., *D.*, X, 4, 15), *rerum amotarum*, *de peculio*, noxale (Pomp. *D.*, XXV, 2, 4. Ulp., XV, 1, 21 pr.; Paul, IX, 4, 24), aux interdits *de precario*, *de tabulis exhibendis*, *quod vi aut clam*, *ne quid in loco publico* (Ulp., *D.*, XLIII, 26, 8, 3; XLIII, 5, 3, 6; 24, 15, 10, 8, 2, 42). Cf. p. 624, 3.

(4) Ulp., *D.* X, 4, 9 pr.; V, 3, 13, 14. Cf. J. E. Labbé, *De l'action à exercer contre celui qui par dol a cessé de posséder* (*Rev. de législ.* 1872, p. 401).

(5) Paul, *h. t.*, 27, 3, accorde la *R. V.* par application de la règle établie par le Sc. Juventien pour la pétition d'hérédité. Mais le texte a été remanié; la phrase finale trahit le style et la main des compilateurs : *non est absurdum, per consequentias*. S'il a fallu un Sc. pour accorder la pétition d'hérédité contre celui qui a cessé par dol de posséder, on ne peut étendre cette disposition exceptionnelle à la revendication qui diffère à bien des égards de la *P. H.*; Paul devait refuser la *R. V.*, en disant que si la règle contraire a été admise dans la *P. H.*, c'est en vertu du Sc. Juventien. Cf. Lenel, *op. cit.*, 537.

(6) Cels., *D.*, V, 3, 45 : *Ex doli clausula tenetur*. Gaius, *D.*, IV, 3, 39. Ulp., V, 3, 13, 13; *h. t.*, 25 (extrait du lib. 70 *ad ed.* relatif à l'interdit *quem fundum*). Cf. sur ces textes, Lenel, *loc. cit.*, 532.

(7) Jul., *h. t.*, 52, extrait du lib. 55 *Dig.* où Julien s'occupe des cautions exigées du défendeur à la *R. V.* Les compilateurs ont substitué *in rem* à *de dolo*. L'action, que les héritiers de celui qui par dol a cessé de posséder ne sont pas forcés d'accepter, c'est l'action de dol qui est infamante. L'action *in factum* donnée contre eux dans la mesure de leur enrichissement est l'action *in factum* subsidiaire de l'action de dol. Gaius, *D.*, IV, 3, 26; 28.

(8) Jul. ap. Ulp., *D.*, X, 4, 9 pr.; VI, 1, 52.

et qui va donner lieu à un procès (1). Le possesseur, qui n'a pas confiance en son droit, fait cette consécration pour nuire au propriétaire. Il veut diminuer les chances que celui-ci peut avoir de recouvrer sa chose en intéressant au procès le collège des pontifes; il rend plus dure la condition du revendiquant en le mettant en face d'un adversaire puissant (2). La sanction de la loi consiste en une peine pécuniaire : le contrevenant doit payer le double de la valeur de la chose à celui qui se proposait de la revendiquer.

La disposition des Douze Tables a été modifiée et généralisée par l'Édit sur les aliénations faites *judicii mutandi causa* (3). Il s'agit, désormais, non plus d'une consécration aux dieux, mais d'une simple aliénation. Cette aliénation peut causer un préjudice au demandeur obligé de plaider contre le nouveau possesseur. Le Préteur fournit, en certains cas, au demandeur le moyen d'éviter ce préjudice ou d'en obtenir la réparation (4).

Lorsque le possesseur a fait l'aliénation pour échapper aux ennuis d'un procès, le demandeur est sans recours. Il en est de même si le possesseur, empêché de défendre au procès par des affaires urgentes ou pour des raisons d'âge ou de santé, a fait une aliénation qui a pour résultat de rendre la poursuite plus difficile : par exemple, le nouveau possesseur est domicilié dans une autre province (5).

Mais si l'aliénation a été faite par dol (6), en vue d'opposer au revendiquant un autre adversaire tel qu'un puissant (7), le demandeur peut se faire restituer le droit d'agir contre l'ancien possesseur, en tenant l'aliénation pour non avenue. Il peut aussi, s'il le préfère (8), exercer contre lui une action *in factum* pour se faire indemniser dans la mesure de son intérêt (9). Cette action est plus avantageuse que l'action de dol : bien qu'elle sanctionne une sorte de délit et soit annale, elle est transmissible comme une action *rei persecutoria* (10).

(1) Gaius, *D.*, XLIV, 6, 3 : *res de qua controversia est.*
(2) L'affaire était de la compétence du grand pontife. Cic., *ad Att.*, IV, 2, 3.
(3) Cet édit s'applique également lorsque l'aliénation est préjudiciable à celui qui veut faire une dénonciation de nouvel œuvre, exercer l'interdit *quod vi aut clam* ou l'action *aquæ pluviæ arcendæ*. Gaius, *h. t.*, [*D.*, IV, 7], 3, 2-3.
(4) Une disposition analogue se trouve dans une loi Licinia sur l'action *communi dividundo*. Marc., *h, t.*, 12. Cf. sur cette loi, Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1153.
(5) Ulp., *h. t.*, 4, 1; 4, 3. Cf. l'édit d'Auguste, p. 276, 1.
(6) *Ibid.*, 4, 3. L'aliénation comprend la vente, le legs, la donation, l'institution d'héritier (Paul, *h. t.*, 8, 2-3; Ulp., 11), l'affranchissement (Gaius, 3, 1).
(7) Gaius, *h. t.*, 1 pr., 1; 3 pr.; Ulp., 2. D'après Mitteis, *Mélanges Girard*, II, 225, c'est seulement au Bas-Empire que la loi s'est occupée des puissants : les textes classiques ont été interpolés.
(8) L'ancien possesseur peut se soustraire à cette poursuite en acceptant de défendre à la revendication comme s'il était encore en possession : dans ce cas, l'action est donnée contre lui à titre d'action utile. Gaius, *h. t.*, 3, 5; L'édit est applicable si l'aliénation est résiliée par l'effet d'une action rédhibitoire. Paul., 8, 5; 9.
(9) D'après Gaius (*h. t.*, 3, 4), l'action serait la sanction de l'*in integrum restitutio*, ce qui est inadmissible : la restitution a toujours pour effet de tenir un acte pour non avenu, dans l'espèce, l'aliénation faite par le possesseur. Les compilateurs ont confondu deux procédures distinctes, l'*i. i. R.* et l'action *in factum* subsidiaire de l'action de dol qui protège plus efficacement le revendiquant contre les entreprises des Puissants.
(10) Ulp., *h. t.*, 4, 5-6; 6; Gaius. *h. t.*, 7. Elle n'existait pas encore au temps d'Ateius, disciple de Servius (*D.*, XXXIX, 3, 14 pr.).

De ces deux voies de procédure, Justinien a, suivant son habitude, supprimé en fait l'*in integrum restitutio* : l'action *in factum* subsiste seule contre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi qui a fait une aliénation en vue de rendre la poursuite plus difficile. Elle garde son utilité à côté de la revendication qui ne se donne pas contre celui qui a aliéné sans dol (1).

4. Office du juge. — Le juge examine si le demandeur est propriétaire. Le demandeur doit justifier d'un titre d'acquisition régulier. Il doit, de plus, s'il a acquis en vertu d'un mode dérivé, prouver que son auteur était lui-même propriétaire, puis l'auteur de son auteur, et ainsi de suite *(probatio diabolica);* il est en effet de principe qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même. Mais la preuve est simplifiée si le demandeur établit qu'il a possédé la chose pendant la durée et avec les conditions requises pour l'usucapion (2).

Le juge doit ensuite vérifier si le défendeur possédait la chose lors de la *litis contestatio* et s'il la possède encore lors du jugement. Si le défendeur a perdu la possession dans l'intervalle sans qu'il y ait dol ni faute de sa part, il doit être absous. Il en est de même s'il a acquis la possession après la *litis contestatio*, car le juge doit se reporter au moment de la *litis contestatio* pour décider si le défendeur doit être condamné. Sous Justinien, par une extension d'une doctrine soutenue par Proculus pour l'action *de peculio*, il suffit que le défendeur possède lors du jugement (3).

Le juge doit aussi examiner, s'il y a lieu, les moyens invoqués par le défendeur pour faire valoir un droit de rétention ou un droit réel (4), ou bien un engagement pris envers lui par le demandeur (p. 278, 4).

Le juge clôt le débat en déclarant que la prétention du demandeur est ou non fondée, puis il condamne ou absout le défendeur. Mais comme, au temps de la procédure formulaire, toute condamnation doit être pécuniaire, il le condamne, non pas à restituer, mais à payer la valeur de la chose et de ses accessoires (5) : c'est la *litis æstimatio* (6).

(1) *H. t.*, 4, 1. Cf. en sens divers, Karlowa, II, 1092 ; Lenel, *loc. cit* ; Partsch, *De l'édit sur l'*alienatio judicii mutandi causa facta, 1909 ; Mitteis, *Sav. Z.*, XXX, 451 ; Pissard, *N. R. H.*, XXXIV, 377.

(2) Au Bas-Empire, la question de preuve est restée soumise aux règles classiques. Arcad., *C. Th.*, IX, 39, 12 ; cf. Carac., *C.*, IV, 19, 2. Ces rescrits ont eu pour but, suivant Mitteis (*Reichsrecht*, 500), d'écarter les règles du droit grec sur la diadicasie. D'après Monnier (*Études*, II, 83), on a voulu écarter une dérogation au droit commun introduite par Constantin (*C. Th.*, XI, 39) en faveur de ceux qui revendiquent une chose usurpée par un puissant.

(3) Ulp., *D.*, XV, 1, 30 pr. ; Paul., *h. t.*, 27, 1. La fin de ce texte a été interpolée : elle est en contradiction avec la règle posée au début. Cf. Pellat, 229 ; Lenel, *op. cit.*, 531 ; Partsch, *op. cit.*, 26.

(4) Justinien défend à celui qui a vainement contesté le droit du demandeur, d'invoquer ensuite, dans la même instance, un droit réel d'hypothèque ou autre : il doit restituer la chose, puis faire valoir son droit réel dans un procès distinct. C'est la peine de sa témérité. *Nov.*, 18, c. 10.

(5) C'est ce qu'on appelle *causa rei* : Gaius, *h. t.*, 20.

(6) On la considère comme un prix d'achat : la propriété de la chose passe au défendeur (Paul., *h. t.*, 46) si elle est *nec mancipi*, sinon le défendeur a un titre pour l'usucaper. Cf. Pellat, 295. Il y a ici un cas d'aliénation nécessaire. Ulp., *D.*, XXVII, 9, 3, 2.

Il y avait là un inconvénient qui était écarté dans la formule pétitoire grâce au pouvoir donné au juge d'inviter le défendeur à restituer et, pour le cas où cette invitation resterait sans effet, de le condamner à la *litis æstimatio* (1). C'était un moyen indirect de contraindre le défendeur à restituer. — Au Bas-Empire, le juge peut condamner à restituer et, si la chose est aux mains du défendeur, la sentence est exécutoire par la force publique. Si le défendeur est dans l'impossibilité de restituer parce qu'il a cessé par dol de posséder, il est condamné à la somme fixée par le demandeur sous la foi du serment. Dans le cas contraire, la condamnation est limitée à une somme calculée d'après l'intérêt du demandeur (2).

L'office du juge a été élargi soit à l'époque classique, soit au Bas-Empire. Le juge de l'action en revendication a le devoir d'imposer certaines prestations que commande l'usage des honnêtes gens, en se montrant plus ou moins rigoureux suivant que le défendeur est de bonne ou mauvaise foi. A l'inverse, il peut l'autoriser à exercer certaines rétentions.

a) En principe, le défendeur n'est obligé envers le demandeur qu'à partir de la *litis contestatio*. Mais, dès ce moment, il est traité comme l'administrateur de la chose d'autrui; si convaincu qu'il soit de son droit, il doit prévoir la possibilité de perdre son procès. Il est tenu de restituer, avec les fruits perçus et ceux qu'il aurait pu percevoir, tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la chose. Il répond de la perte totale ou partielle survenue par sa faute (3).

Le possesseur de mauvaise foi répond en outre des cas fortuits : il est considéré comme étant en demeure à partir de la *litis contestatio* (4). Cependant il serait libéré s'il parvenait à démontrer que la chose eût péri également entre les mains du demandeur (5), à moins que celui-ci n'allègue qu'il aurait évité la perte en vendant la chose (6). Sous Justinien, le possesseur de mauvaise foi est même tenu de la perte totale ou

(1) MARC., *D.*, XX, 1, 16, 3; PAUL, *h. t.*, 35, 1; Cf. CIC., *Verr.*, II, 12, 31.

(2) ULP., *h. t.*, 68, a été interpolé : la construction de la phrase est vicieuse; l'application de la *R. V.* à celui qui par dol a cessé de posséder est une innovation des compilateurs; l'assimilation des interdits aux actions ne se conçoit pas avant Justinien (*Inst.*, IV, 15, 8); si le juge pouvait forcer à restituer, la *litis æstimatio* d'une chose appartenant à un pupille ne serait pas un cas d'aliénation nécessaire (ULP., *D.*, XLIII, 29, 3, 13); on ne peut admettre que le juge, qui au temps d'Ulpien est un simple particulier, ait eu le droit de mettre en mouvement la force publique. On a objecté que l'emploi de la *manus militaris* pour les affaires des particuliers a été proscrit au Bas-Empire (THÉOD., *C.*, I, 46, 1). Mais il s'agit de la force publique placée sous les ordres des maîtres de la milice, à qui la constitution est adressée. Il n'est pas question des soldats détachés au service des magistrats et qu'on désigne par l'expression *officium judicis* : *C.*, IX, 39, 2 pr.

(3) PAUL, *h. t.*, 33; 21; GAIUS, *h. t.*, 36, 1.

(4) Les Proculiens pensaient, contrairement aux Sabiniens, que le défendeur à la *R. V.* devait toujours supporter la perte fortuite (PAUL, *D.*, V, 3, 40). Cette opinion était encore soutenue par Ulpien pour qui tout défendeur est de mauvaise foi après la *litis contestatio* (*D.*, V, 3, 25, 7. Cf. *C.*, III, 31, 2 pr.; VII, 51, 2). La distinction proposée par Paul n'en est pas moins fort judicieuse; elle applique la règle (JUL., *D.*, L, 17, 63) : *Qui sine dolo ad judicium provocat, non videtur moram facere.* Cf. FLINIAUX, *RH.*, 1923, p. 205.

(5) SAB., CASS., ap. GAIUM, *D.*, XVI, 3, 14, 1.

(6) Ulpien (*h. t.*, 15, 3) admet ce tempérament à la doctrine Sabinienne.

partielle antérieure à la *litis contestatio*, si elle provient de son dol (1).

Quant aux fruits perçus par lui avant la *litiscontestatio*, s'ils existent encore, le propriétaire les revendiquera; s'ils ont été consommés, il en demandera compte par une *condictio* (2). Le juge de la revendication est compétent dans les deux cas; il peut même condamner le possesseur de bonne foi à rendre les fruits perçus avant la *l. c.*, s'ils existent encore (p. 265).

b) Le défendeur a un droit de rétention en raison de certaines impenses qu'il a faites sur la chose revendiquée. On distingue les impenses nécessaires (3), utiles (4), voluptuaires. Tout possesseur, le voleur excepté, a le droit de se faire tenir compte des dépenses nécessaires (5). Pour les impenses utiles, le possesseur de bonne foi peut seul réclamer, de ce chef, une indemnité, pourvu que l'amélioration qui en résulte subsiste encore lors de la restitution. Cette indemnité est limitée à la plus-value sans pouvoir dépasser le montant de la dépense. Enfin, pour les impenses voluptuaires, on ne peut en aucun cas s'en faire tenir compte, mais Justinien accorde au possesseur, même de mauvaise foi, le droit d'enlever tout ce qui peut l'être sans détérioration et qui sera pour lui de quelque profit (6).

Le droit de rétention n'est pas sanctionné par une action : il est du devoir du juge d'en tenir compte; on peut aussi le faire valoir par l'exception de dol (7). Le défendeur doit imputer sur sa créance la va-

(1) P. 299, 4. Est-il tenu de la perte fortuite ou causée par sa faute avant la *litis contestatio?* C'est l'opinion de beaucoup d'interprètes (cf. Pellat, 290). Mais les textes qu'ils invoquent (Ulp., *D.*, V, 3, 25, 2; 31, 3; *h. t.*, 45), ne supposant pas la perte de la possession, ne prouvent pas que la revendication puisse être donnée ici contre un non-possesseur.

(2) Ulp., *D.*, XIII, 7, 22, 2; Diocl., *C.*, IV, 9, 3. Le possesseur de mauvaise foi est-il tenu des fruits qu'il a négligé de percevoir? Au temps d'Auguste, le défendeur à la revendication n'en était jamais tenu (Lab., *h. t.*, 78). Sous Hadrien, le Sc. Juventien imposa cette responsabilité au possesseur de mauvaise foi, défendeur à la pétition d'hérédité. Mais l'innovation ne fut pas étendue à la revendication. Ulpien et Dioclétien ne donnent pas la revendication pour les fruits perçus, ils ne devaient pas davantage l'admettre pour les fruits qu'on aurait dû percevoir. Au IVe siècle, Valentinien et Valens obligent le possesseur de mauvaise foi à payer le double de ces fruits (p. 265, 5). En reproduisant cette loi (*C.*, VII, 51, 2), Justinien a supprimé la mention du double : c'est une atténuation à la responsabilité du possesseur.

(3) Paul, *D.*, L, 16, 79 pr. : *Impensæ necessariæ sunt quæ, si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* Cette définition n'est pas rigoureusement exacte : une dépense faite pour une chose qui n'en vaut pas la peine, ne saurait être une dépense nécessaire. (Ulp., *D.*, III, 5, 9.) A l'inverse, des travaux neufs, devant servir à la bonne exploitation d'un fonds, peuvent, suivant les cas, constituer une dépense nécessaire (Lab., *D.*, XXV, 1, 1, 3; Ulp., *D.*, XXIV, 3, 7, 16). Cf., p. 187.

(4) Fulcin., ap. Paul., *l. c.*, 79, 1; Ulp., *D.*, XXV, 1, 5, 3; Paul, *eod.*, 6; 10.

(5) Gord., *C.*, III, 32, 5, 1; Paul., *D.*, XIII, 1, 13; Alex., *C.*, VIII, 51, 1.

(6) Cels., *h. t.*, 38; Ulp., 37; Paul., 27, 5; Gord., *loc. cit.* Textes interpolés (p. 262). Le *jus tollendi* est en contradiction avec la règle des Douze Tables sur le *tignum junctum*. Cette règle n'était pas tombée en désuétude, car elle est rapportée par Ulpien (p. 292, 5); le Digeste contient un titre *de tigno juncto*.

(7) Jul., *D.*, XII, 6, 33. Pap., *h. t.*, 48 : *Exceptione doli opposita, per officium judicis, æquitatis ratione, servantur.* Cette exception n'est pas nécessaire dans une formule qui confère au juge des pouvoirs aussi larges; il fallait sans doute une raison spéciale pour qu'on en fît usage. Scæv., *D.*, V, 3, 58 : *Etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli.* L'opposition, établie par Scævola entre l'usage de l'exception et l'office du juge, donne lieu de croire que, dans le texte de Papinien, les mots *exceptione doli opposita* ont été interpolés. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, 235.

leur des fruits qu'il est autorisé à conserver, déduction faite des frais de culture et autres qui sont une charge des fruits (1).

En résumé, l'action en revendication a reçu à l'époque classique, et surtout au temps de Justinien, une application qui dépasse de beaucoup sa portée primitive. Elle n'a pas seulement pour but de sanctionner la propriété : elle joue le rôle tantôt d'une *condictio* pour empêcher un enrichissement injuste, tantôt d'une action pénale pour réprimer un dol commis au préjudice du propriétaire. On l'accorde comme action *utile* à des personnes qui ont perdu ou aliéné la propriété, ou même aux mineurs, aux femmes, aux soldats lorsqu'un tiers a employé leur argent pour faire un achat en son nom (2) : on veut leur assurer un recours plus efficace que celui que leur fournirait une action personnelle. On donne aussi une revendication *fictice* contre des pérégrins « comme s'ils n'étaient pas au nombre des déditices » (3), à des citoyens romains qui sont en voie d'usucaper, « comme si l'usucapion était déjà accomplie ». On a enfin accordé une action réelle modelée sur la revendication au propriétaire d'un fonds provincial, au superficiaire, au fermier d'un *ager vectigalis*, à l'emphytéote.

§ 2. **Propriété prétorienne**. — La propriété prétorienne est sanctionnée par l'action Publicienne. Cette action, créée par le Préteur Publicius (4), protège tout possesseur en voie d'usucaper, le possesseur de bonne foi aussi bien que celui qui a l'*in bonis*. Elle lui permet de réclamer la possession qu'il a involontairement perdue. On le traite par anticipation comme s'il avait usucapé, comme s'il était déjà propriétaire; on lui donne une action fictice, modelée sur la revendication (5).

La Publicienne ne paraît pas avoir eu, dès l'origine, une portée aussi large : la formule visait uniquement le cas de l'acheteur de bonne foi (6). La jurisprudence l'a appliquée à tous les cas de tradition en vertu d'une juste cause, et cette extension a été consacrée par l'Édit (7).

La Publicienne est soumise, en principe, aux mêmes règles que la

(1) Ulp., *D.*, XXII, 1, 46. Sab., ap. Paul., *D.*, V, 3, 36, 5.

(2) Gaius, II, 78; Ulp., *D.*, VI, 1, 5, 3; XXVI, 9, 2; Philip., *C.*, III, 32, 8; Paul., *D.*, XXIV, 1, 55. Cf. Pellat, 424.

(3) Frg. d'Ulpien, *de judiciis*, 2.

(4) On ignore à quelle époque il vivait. La Publicienne est connue des jurisconsultes du Ier siècle de notre ère. Cf. Bonfante, *Corso*, II, 2, 327.

(5) Paul., *D.*, XLIV, 7, 35 pr. : *Ad exemplum vindicationis*. Ulp., *h. t.*, [*D.*, VI, 2], 7, 8. Le possesseur peut également exercer comme actions utiles l'action en partage ou l'action de la loi Aquilia, Ulp., *D.*, X, 3, 7, 2; IX, 2, 11, 8; 17.

(6) Ulp., *h. t.*, 7, 11-15. On a discuté la question de savoir s'il y a eu une ou deux formules publiciennes, pour celui qui avait acquis une *res mancipi* par simple tradition et pour celui qui avait acquis une chose quelconque d'un non-propriétaire; si elles ont été proposées en même temps ou successivement; s'il y a eu un ou deux édits. On admet aujourd'hui en général l'unité de la formule et de l'édit, comme je l'ai soutenu dans *l'Edit Publicien*, 1878, p. 11-14. Cf. Lenel, I, 190; Appleton, *Hist. de la propriété prétorienne*, I, 49; Karlowa, II, 1211.

(7) L'existence de cet édit est attestée par Ulpien, *h. t.*, 1 pr., mais on n'en connaît pas la teneur d'une façon certaine. Le texte d'Ulpien a été remanié : il ne fait pas allusion à la tradition d'une *res mancipi* par le véritable propriétaire. Les mots *non a domino* ont été vraisemblablement ajoutés par les compilateurs. L'acquisition d'un non-propriétaire devint le cas normal d'application de la Publicienne lorsque Justinien eut abrogé la distinction de la propriété quiritaire et de l'*in bonis*.

revendication. Deux différences pourtant les séparent : l'une quant à la preuve, l'autre quant au fondement de la poursuite. Le demandeur n'a que deux faits à établir : la tradition qui lui a été faite, la juste cause qui l'a motivée. Il n'a pas à prouver que son auteur était propriétaire. La question soumise au juge n'est pas la même que dans la revendication : le juge n'a pas à rechercher si la chose est actuellement au demandeur, mais si elle serait à lui en supposant achevé le délai de l'usucapion. Par conséquent, le défendeur qui a succombé dans le débat soulevé par le possesseur *in causa usucapiendi*, pourrait prendre l'offensive et intenter la revendication sans avoir à redouter l'exception de chose jugée.

1. Conditions requises pour intenter la Publicienne. — *a*) *Demandeur*. — La Publicienne peut être exercée par celui qui a acquis par tradition une *res mancipi*, ou qui a acquis une chose *mancipi* ou *nec mancipi* d'un non-propriétaire, mais avec juste titre et bonne foi. Elle peut aussi être intentée par le propriétaire quiritaire à l'encontre d'un possesseur qui ne serait pas dans les conditions voulues pour l'exercer; il lui suffira, pour triompher, de prouver que la chose lui a été livrée en vertu d'une juste cause (1).

b) *Défendeur*. — La Publicienne se donne, comme la revendication, contre tout possesseur, mais elle n'est efficace que contre celui qui possède en vertu d'une cause moins bonne que celle du demandeur. Si le défendeur est le propriétaire quiritaire, il fera rejeter la poursuite en justifiant de son droit de propriété, à moins que le demandeur ne paralyse l'exception *justi dominii* par une réplique de dol ou *rei venditæ et traditæ* (2). Si le défendeur est lui-même *in causa usucapiendi*, on donne la préférence à celui des plaideurs qui a traité avec le propriétaire (3). Dans le cas contraire, une distinction est nécessaire : si les deux plaideurs ont acquis la chose d'une même personne, on préfère celui qui, le premier, a reçu tradition. Celui-ci pourrait, en effet, repousser son auteur en invoquant la tradition qui lui a été faite : il repoussera de même l'ayant cause de son auteur (4). Si les plaideurs ont traité avec deux personnes différentes qui, ni l'une ni l'autre, n'étaient propriétaires de la chose, on donne gain de cause à celui qui est en possession : *in pari causa potior est causa possidentis* (5).

(1) La Publicienne ne peut être exercée par celui qui a aliéné sa chose. L'opinion contraire, soutenue par Appleton, *Propriété prétorienne*, I, n° 49, soulève de graves objections. Cf. Audibert, *N. R. H.*, XV, 275, 296. Girard, 366, 4.

(2) Nerat., *h. t.*, 17 : *Si ea res possessoris non sit*. Paul., in Pap., *eod.*, 16. Le Préteur pourrait même refuser l'exception *justi dominii* qui n'est accordée que *cognita causa*. Pap., *D.*, XVII, 1, 57.

(3) Nerat., *D.*, XIX, 1, 31, 2. En présence d'un simple possesseur *in causa usucapiendi*, le propriétaire prétorien paralyse par une réplique l'exception qui lui est opposée.

(4) L'exception, invoquée par le défendeur contenait, suivant Appleton, II, n° 217, la fiction de l'usucapion accomplie. C'est une conjecture que les textes ne permettent pas de vérifier. Cf. Karlowa, II, 1214, 1.

(5) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 4; Paul., *D.*, XX, 4, 14. Neratius (*l. c.*) était d'un avis opposé ; suivant lui, en recevant tradition dans les conditions requises pour exercer la Publicienne, on acquiert un droit sur la chose ; dès lors celui dont le droit est antérieur en date doit être préféré. L'antériorité se détermine, non par la date de la convention comme pour l'hypothèque, mais par la tradition.

2. Nature du droit du possesseur *in causa usucapiendi.* — Est-ce un droit absolu, comme la propriété quiritaire? ou un droit relatif, comme l'hypothèque qui n'est pas opposable à ceux qui ont acquis antérieurement un droit sur la chose? Les solutions qui précèdent conduisent à une distinction entre le propriétaire prétorien et le possesseur de bonne foi : le premier a un droit analogue à la propriété, il n'en est pas de même du second. D'après la doctrine qui a prévalu, l'antériorité de la tradition n'est pas pour lui une cause de préférence. La tradition ne lui confère pas un droit réel opposable à toute personne autre que le vrai propriétaire : elle produit seulement une présomption de propriété (1). Lorsque cette présomption est neutralisée par une présomption semblable invoquée par le défendeur, le débat doit être tranché en faveur du possesseur actuel.

On a objecté que le possesseur de bonne foi et le propriétaire prétorien sont protégés par la même action, d'où l'on a conclu à l'identité du droit. Mais le jeu des exceptions et des répliques établit entre eux une différence : la jurisprudence a dû tenir compte du résultat final lorsqu'elle a caractérisé leur situation respective. Le rôle du Préteur et celui de la jurisprudence sont distincts : le Préteur cherche à assurer par la voie la plus simple la protection de certains possesseurs; la jurisprudence doit conformer sa construction doctrinale à la réalité. Or, dans la réalité, on n'a pas confondu le possesseur qui a acquis *a non domino* avec celui qui a manqué d'acquérir la propriété quiritaire en raison d'un vice de forme, ou qui a été mis en possession en vertu d'un décret du magistrat ou d'une sentence du juge.

3. La Publicienne au Bas-Empire. — Sous Justinien, la Publicienne n'a plus de raison d'être dans les cas où l'on acquérait autrefois l'*in bonis* : la distinction de la propriété prétorienne et de la propriété quiritaire est abrogée. L'usage de la Publicienne s'est conservé pour protéger le possesseur de bonne foi (2) qui a acquis une chose d'un non-propriétaire. Elle peut aussi être intentée par le propriétaire lui-même, et

(1) Cette présomption paraît à Julien suffisante pour permettre au possesseur *in causa usucapiendi* de constituer une hypothèque opposable à ceux à qui le constituant pourrait opposer son propre droit (Ulp., *D.*, XX, 1, 21, 1; Paul, *eod.*, 18). Dans un cas spécial, Julien traite le possesseur *in causa usucapiendi* comme ayant acquis immédiatement la propriété : lorsqu'il est en conflit avec une personne à qui son auteur, devenu l'héritier du vrai propriétaire, a revendu et livré la chose au mépris du contrat conclu avec lui : *Æquius esse Prætorem te tueri.* Le vendeur a commis un dol en disposant d'une chose qu'il n'avait pas *in bonis;* son ayant cause en subira les conséquences : à l'exception *si non suus esset,* le demandeur répondra par une réplique (Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 32). — Paul et Ulpien vont plus loin; ils accordent la Publicienne à certaines personnes qui n'ont jamais eu la possession : le fidéicommissaire universel à qui l'hérédité a été restituée en vertu du Trébellien (Paul, *h. t.*, 12, 1); l'acheteur de bonne foi d'une esclave volée, s'il veut réclamer l'enfant conçu pendant qu'il avait la mère en sa possession, né lorsqu'elle était en la possession d'un tiers (Ulp., *h. t.*, 11, 2). Sans tenir compte de la fiction d'usucapion contenue dans la formule, Paul et Ulpien estiment qu'entre deux prétendants à la même chose on doit préférer celui qui invoque un titre antérieur à la possession de l'adversaire : le titre est une présomption de propriété, et doit l'emporter sur une possession qui n'est pas appuyée sur un titre équivalent.

(2) M. Appleton (II, 317) attribue à la Publicienne, même à cette époque, une portée bien plus large parce que, suivant lui, au Bas-Empire, c'est l'action *in rem* la plus usitée. Mais il a abandonné cette opinion : *Rev. gén.*, 1923, p. 162.

elle lui est plus utile qu'autrefois : depuis que les délais de l'usucapion ont été allongés, il a intérêt à préférer une action où la preuve exigée est plus facile à faire.

L'usage de la Publicienne fut cependant moins répandu qu'il ne devrait l'être d'après ce qui précède : si cette action est mentionnée aux Institutes et au Digeste, il n'y en pas trace au Code ni au Bréviaire d'Alaric. Ce silence tient sans doute à ce que l'exercice de la Publicienne se rattache à l'usucapion qui avait une application assez restreinte avant Justinien, surtout dans l'Empire d'Orient, et fut transformée par cet empereur. Les prédécesseurs de Justinien eurent peu d'occasions de s'en occuper, et Justinien lui-même ne l'a pas réglementée (1).

§ 3. **Propriété des pérégrins.** — Les citoyens romains peuvent seuls intenter la revendication. Les pérégrins, n'ayant pas la propriété quiritaire, ne peuvent exercer cette action. Ils ne peuvent pas davantage exercer les actions de vol ou de la loi Aquilia lorsqu'ils ont été victimes d'une soustraction frauduleuse ou d'un dommage causé *injuria*. Dans ces deux derniers cas, le Préteur pouvait leur accorder ou donner contre eux une action fictice : il invitait le juge à statuer comme si le pérégrin était citoyen romain. Il est vraisemblable qu'il en était de même pour la revendication (p. 304, 3). A l'époque classique, la question ne présentait un intérêt que pour les pérégrins résidant à Rome, en Italie, ou dans les provinces sénatoriales. La procédure formulaire ne fut pas usitée, à notre connaissance, dans les provinces impériales.

§ 4. **Propriété provinciale.** — Le possesseur d'un fonds provincial est protégé par une action réelle (*vindicatio*) dont on ignore la formule (2). Au IIIe siècle, Paul accorde la Publicienne à l'acquéreur de bonne foi des fonds de terre qui ne sont pas susceptibles d'usucapion (3) : il est très probable qu'il entend par là les fonds provinciaux. Le possesseur de bonne foi était protégé avant l'expiration du délai de la prescription. On devait sans doute feindre que le fonds provincial était italique pour rendre possible la fiction d'usucapion.

(1) Cf. Erman, *Sav. Z.*, XIII, 175.

(2) Frontin, p. 36, 8 : *Vindicant inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum.* Diocl., *Vat fr.*, 315, 316. Just., *C.*, VII, 39, 8 : *Actionem ad vindicandam eam rem sancimus : hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

(3) *D.*, VI, 2, 12, 2. Cf. Appleton, I, 47; Erman, *Sav. Z.*, XI, 275. Lenel, I, 194, 2.

CHAPITRE III

La possession.

I. La notion de la possession.

On considère généralement la possession comme un état de fait qui suppose la réunion de deux conditions : le *corpus*, c'est-à-dire le fait d'avoir une chose à sa disposition; l'*animus*, c'est-à-dire la volonté de se comporter vis-à-vis de cette chose comme un maître. La possession ressemble donc extérieurement à la propriété : elle en diffère, en ce qu'elle ne se manifeste que par des actes matériels d'usage, de jouissance ou de transformation. Le propriétaire seul peut conclure valablement des actes juridiques, parce qu'il a un droit reconnu et garanti par la loi.

Cette notion de la possession apparaît au Iᵉʳ siècle de l'Empire. Elle est même plus générale; elle s'applique non seulement aux choses corporelles mobilières ou immobilières, mais aussi aux choses incorporelles, aux servitudes et à l'état des personnes. Celui qui se comporte comme un usufruitier, comme un homme libre, un citoyen romain, un ingénu ou un affranchi, a la possession de l'usufruit (1), ou la possession d'état de la liberté, de la cité (2), de l'ingénuité ou de la libertinité (3).

La possession a une importance pratique considérable, soit en matière de procédure, parce qu'elle donne droit aux interdits possessoires et que, dans une revendication, elle dispense le défendeur de prouver son droit (p. 296); soit pour l'acquisition de la propriété : c'est l'une des conditions requises pour l'usucapion, l'occupation, la tradition. Neratius va même jusqu'à dire que la propriété a commencé par la possession. Il ne faut pas en conclure que la notion de la possession

(1) Jul., *D.*, VII, 6, 3.
(2) Pomp., *D.*, XL, 12, 28. Edit de Claude. *C. I. L.*, V, 5050, l. 25.
(3) Ulp., *D.*, XXII, 3, 14. Sous la République, la possession n'a pas une portée aussi large : restreinte aux choses corporelles, on ne la conçoit pas encore sous la forme abstraite d'un pouvoir analogue à la propriété. Avant de s'élever à l'idée de *la possession*, les Romains ont connu *les possessions*. Dans son acception première, le mot possession s'applique uniquement aux fonds de terre, et spécialement aux terres de l'*ager publicus* occupées par les particuliers à charge de les cultiver et moyennant une redevance payée au Trésor. (Fest., vº *Possessiones*. Liv., III, 53, 6. Loi agraire de 643). Bien que l'Etat reste propriétaire, en fait il n'use pas de son droit; les possesseurs agissent comme si le champ leur appartenait. (Cic., *de leg. agr.*, III, 2 : *aliquam similitudinem propriæ possessionis*.) *Possessio*, dit Labéon (*D.* XLI, 2, 1 pr.), vient de *sedes*; c'est le fait de s'asseoir, de se fixer quelque part, ce qui ne peut s'entendre que d'un immeuble. Cicéron (*Phil.*, III, 11) emploie *possessio* dans un sens analogue, bien que métaphorique : *in possessionem libertatis pedem ponimus*. L'emploi du mot possession a été généralisé : on l'a étendu aux terres susceptibles d'appartenir en propriété à un citoyen. (Æl. Gall., ap. Fest., vº *Possessio*; cf. Cic., *p. Cæc.*, 32), puis aux maisons et aux objets mobiliers (Lab., ap. Jav., *h. t.*, 51). L'application du mot possession aux *res privatæ* ne fut pas une simple affaire de langage; elle a coïncidé avec la création suivant les uns, avec l'extension suivant les autres, des interdits possessoires.

remonte à l'origine de Rome : cette notion n'a pu exister avant le jour où le possesseur a été reconnu et protégé comme tel, où la possession a été séparée de la propriété. Comment s'est opérée cette séparation ? Comment a-t-on eu la pensée de protéger le possesseur ? (p. 318, 8).

Ce sont là deux questions différentes qu'on a résolues successivement. Les Romains ont commencé par protéger la possession sans se préoccuper de ses rapports avec la propriété : ils ont réprimé les actes de violence au moyen de l'interdit *unde vi* (1). Puis, ils ont classé les possesseurs suivant qu'ils méritaient ou non la protection du Préteur : d'après Q. Mucius, la *justa possessio* est celle qui est fondée sur un titre régulier, tel qu'un décret du magistrat ou une convention conclue avec le propriétaire. A cet égard, celui qui obtient du Préteur un envoi en possession à titre conservatoire, le créancier gagiste, le précariste ont une possession *justa* (2).

Les Romains ont ensuite cherché à déterminer les cas où la possession peut être traitée comme un élément du patrimoine. C'est un point de vue tout différent du précédent : le Préteur peut accorder sa protection à des personnes qui ne prétendent pas que la chose compte dans leurs biens. Q. Mucius considère comme un *justus possessor* celui qui, d'après Paul, n'est qu'un simple détenteur (3).

§ 1er. **Analogie entre la possession et la propriété.** — C'est au dernier siècle de la République que la jurisprudence commence à s'en préoccuper. La question présentait un intérêt dans le cas où les créanciers faisaient vendre en masse les biens de leur débiteur insolvable (4). Devait-on comprendre dans la vente les biens dont il avait la possession, mais non la propriété quiritaire? La question fut résolue d'après la cause de la possession. La possession fut considérée comme un élément du patrimoine lorsqu'elle était fondée sur une cause d'acquérir (5) non réprouvée par la loi : vente, donation, dot, legs, hérédité, abandon noxal.

De la conception nouvelle de la possession, la jurisprudence a déduit plusieurs conséquences qui ont accentué l'analogie entre le pouvoir de fait résultant de la possession et le pouvoir de droit conféré par la propriété :

a) Les choses incorporelles et les choses hors du commerce ne sont susceptibles ni de propriété ni de possession (6).

b) Les personnes *alieni juris* qui, en principe, sont incapables d'être propriétaires, ne peuvent avoir la possession (7).

c) Bien que la possession soit un pouvoir de fait, elle ne se perd pas,

(1) D'après Cicéron (*p. Tull.*), cet interdit existait *apud majores*.

(2) PAUL, *h. t.*, [*D.*, XLI, 2], 3, 23 ; PAUL, 11 ; IX, 4, 22, 1 ; GAIUS, *D.*, VI, 2, 13, 1.

(3) PAUL, *h. t.*, 3, 23 : *Quod Q. Mucius inter genera possessionum posuit, ineptissimum est.* Cf. Ed. CUQ, *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, 1894, p. 42.

(4) ULP., *D.*, L, 16, 49.

(5) PAUL, *h. t.*, 3, 21.

(6) PAUL, *h. t.*, 3 pr. ; 30, 1.

(7) PAP., *h. t.*, 49, 1. Dès que leur incapacité cesse, même à leur insu, elles peuvent posséder. PAP., *D.*, XLI, 3, 44, 4. Servius reconnaît la *possessio naturalis* du fils (ap. JUL., *D.*, XLI, 5, 2, 2).

par cela seul que le possesseur devient incapable de l'exercer, en cas de folie, par exemple.

d) Les personnes de confiance qui ont en mains la chose d'autrui (mandataires, dépositaires, commodataires), celles qui ne sont pas en état d'avoir une habitation ou une terre qui leur appartienne (locataires, fermiers ou colons), ne peuvent prétendre à la possession de la chose qu'elles ont reçue.

L'analogie entre la possession et la propriété s'est accentuée dès la fin de l'époque classique : le mot *possessor* désigne non seulement le possesseur, mais en général quiconque a sur la terre un droit de maître, propriétaire ou fermier de l'*ager vectigalis* (1). Les *possessores* forment une classe de personnes que l'on oppose aux *plebeii* et même aux *curiales* (2).

L'analogie entre la possession et la propriété a ses limites qui résultent de ce que la possession n'est qu'un pouvoir de fait :

a) Une personne capable en droit, incapable de fait, telle qu'un enfant ou un fou, peut être propriétaire ; elle ne saurait acquérir la possession.

b) A l'inverse, un voleur, celui qui s'est emparé d'une chose par violence, ne saurait acquérir la propriété de la chose volée ou usurpée ; il en a la possession. Le conjoint donataire possède, bien qu'il ne puisse acquérir la propriété (3).

c) La possession étant un pouvoir de fait ne se transmet pas aux héritiers comme la propriété : on exige de l'héritier un acte d'appréhension (4). En cela, elle diffère des autres éléments du patrimoine.

§ 2. **Diverses sortes de possession.** — Les classiques distinguent, d'une part, la possession correspondant au droit de propriété et la quasi-possession correspondant au droit de servitude (5) ; d'autre part, la possession, élément du patrimoine, et la possession, simple pouvoir de fait. On verra plus loin les conséquences de la première distinction (p. 344) ; on déterminera ici le sens et la portée de la seconde : elle correspond à celle de la *possessio civilis* et de la *possessio* dite *ad interdicta*.

La possession civile est celle qui est fondée sur une cause conforme au droit civil (6). La possession *ad interdicta* (7) est celle qui est protégée par le Préteur, sans égard au droit civil : il suffit qu'elle soit *justa* d'après le droit honoraire (p. 309), et qu'elle ne soit pas vicieuse vis-à-vis de l'adversaire, c'est-à-dire entachée de l'un des trois

(1) Dans une loi de 451, *dominus possessionis* est synonyme de *dominus prædii* (*C.*, IX, 39, 2 pr., 2) ; on le distingue du *procurator* et des *primates possessionis* ; lui seul encourt à titre de peine, lorsqu'il donne asile à des brigands, la déchéance du droit de propriété *(dominio privabitur)* ; les autres sont bannis à perpétuité.

(2) Val., *C.*, VIII, 10, 8 : *Possessores qui non erunt curiales* (Orient).

(3) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 10 ; Paul, *D.*, XLIII, 17, 2.

(4) Jav., *h. t.*, 23 pr. Cf. p. 284, 6, Bonfante, *Corso*, II, 2, 224.

(5) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 3, 17 ; 26, 2, 3 : *possessio juris*. Pap., XXXIX, 5, 27.

(6) N'a pas la possession civile celui qui possède un homme libre (Jav., *h. t.*, 23, 2) ; le conjoint donataire (Paul, *D.*, XXIV, 1, 26 pr.).

(7) Le caractère spécial de cette possession est signalé par Pedius (*D.*, VI, 1, 9). *Eam solam possessionem quæ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi.*

vices de violence, clandestinité, précarité. On ne recherche pas si la possession est *injusta* à l'égard d'autres personnes (1). La jurisprudence a été plus loin : elle admet la possession *ad interdicta* dans un cas où la possession a été acquise contrairement au droit civil, en vertu d'une donation entre époux (2).

A côté de ces deux sortes de possession, il y en a une troisième, la *possessio naturalis* (3), qu'on appelle aujourd'hui *detention*. Elle n'a de commun avec elles que l'élément matériel, le *corpus;* elle en diffère par l'élément intentionnel, l'*animus*.

Le *corpus* suppose, en principe, l'appréhension de la chose. Mais cette prise de possession matérielle n'est pas rigoureusement exigée : il suffit qu'on ait la possibilité de la réaliser, par exemple si l'objet est en présence du possesseur ou sous sa garde. Cette règle a même été interprétée d'une manière très large, en tenant compte de la nature de la chose et des usages sociaux : c'est ainsi que la possession des pâturages d'hiver et d'été ne dépend pas de la possibilité de pénétrer dans le fonds à toute époque, mais seulement de l'usage d'y conduire les troupeaux en hiver ou en été.

Quant à l'*animus,* on l'entend d'une façon différente, suivant qu'il s'agit de la possession civile ou de la possession *ad interdicta*. La possession civile exige l'intention juridiquement manifestée de se conduire en propriétaire et de prétendre à la propriété (4). C'est ce que les auteurs modernes ont appelé l'*animus domini* (5).

Pour la possession *ad interdicta,* l'*animus* est conçu d'une manière moins étroite ; il suffit de prétendre à l'appropriation économique de la chose (6) : tel est le cas du conjoint donataire, du précariste. Quant au créancier gagiste qui n'a pas en principe le droit d'user de la chose (7), il a du moins la volonté de la retenir comme un maître jusqu'à ce qu'il soit payé. Rien de pareil pour la *possessio naturalis :* le détenteur ne prétend pas avoir une jouissance indépendante; il se comporte vis-à-vis de la chose comme un subordonné (colon, locataire, usufruitier) ou comme un gardien (dépositaire, commodataire, envoyé en possession à titre conservatoire).

La distinction entre l'*animus* requis pour la possession civile et celui qui est suffisant pour la possession *ad interdicta* est confirmée par le

(1) Paul, *D.*, XLIII, 17, 2. Cf. Q. Muc., *D.*, L, 17, 73, 1.
(2) Jul., ap. Paul., *D.*, XLI, 6, 1, 2; Ulp., *D.*, V, 3, 13, 1.
(3) Ulp., *h. t.*, 12 pr.; XLIII, 16, 26, 2; X, 3, 7, 11 : *naturaliter possident*; Paul, V, 11, 2 : *rem corporaliter tenent.* Pegasus (ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 9) distingue celui qui est *in possessione* et celui qui possède *ad interdicta*. Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 10, 1 : *Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse.*
(4) Il y a des cas où la possession civile existe sans *animus domini* : le fils de famille qui, devenu *sui juris* à son insu par la mort de son père, achète un objet qui n'appartenait pas au vendeur, commence à usucaper bien qu'il n'ait pu avoir de prétention à la propriété et qu'il ait entendu posséder pour son père (Pap., *D.*, XLI, 3, 44, 4). Cf. Jhering, *Besitzwille*, 291.
(5) L'expression a été critiquée : elle ne se trouve pas dans les textes. Mais il y a des équivalents. Paul dit du gagiste et du précariste : *non opinione domini possident* (*D.*, IX, 4, 22, 1); Gaius (*D.*, VI, 2, 13, 1) : *non eo animo nancisci tur possessionem ut credat se dominum esse.* Cf. Cornil, *Traité de la possession*, 1905.
(6) Cf. Saleilles, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, 1894, p. 201.
(7) Sous peine de commettre un *furtum* (*D.*, XLVII, 2, 55 pr.). Cf. p. 562.

témoignage de Gaius et de Paul. Elle entraîne une conséquence qui mérite d'être remarquée : la possession de la chose par le créancier gagiste n'exclut pas celle du débiteur qui a constitué le gage. Cela est contraire à la règle formulée par Labéon, et d'après laquelle deux personnes ne peuvent à la fois posséder une même chose pour le tout. Mais Sabinus était d'un avis opposé, et les jurisconsultes postérieurs, qui suivent sa doctrine, expliquent comment on doit entendre cette dualité de possession : le débiteur garde la possession civile et peut usucaper (1); à tout autre égard, le créancier gagiste est traité comme possesseur (2); il est passible de l'action *ad exhibendum;* il a les interdits possessoires.

Le détenteur doit aussi avoir un *animus*. Il ne suffit pas d'être en contact avec une chose pour en avoir la détention : un fou, un *infans*, une personne endormie peuvent être en contact matériel avec une chose : ils ne la détiennent pas. Les classiques caractérisent l'*animus* du détenteur d'une façon négative : le détenteur, disent-ils, n'a pas *animum possidentis, affectionem tenendi,* c'est-à-dire la volonté d'avoir la chose en propre, comme un maître. Il faut du moins qu'il ait la volonté d'avoir la chose à lui, comme un subordonné ou un gardien. Cet état de subordination ou de dépendance se manifeste en ce qu'il est obligé de solliciter l'intervention du possesseur lorsqu'il est troublé dans la détention de la chose. Il n'a pas droit aux interdits possessoires. Cette situation se conçoit pour le dépositaire ou le commodataire qui rend ou à qui l'on rend un service gratuit. Elle s'explique également pour le locataire ou le fermier (3) : le lien qui les unit au bailleur est fragile; celui-ci peut, sous réserve d'indemnité, congédier son locataire, expulser son fermier.

Dans les cas exceptionnels où l'on a jugé nécessaire de protéger certains détenteurs (usufruitier (4), fermier de terres publiques (5), envoyé en possession à titre conservatoire) (6), on a créé en leur faveur des interdits spéciaux; on a permis aussi au colon d'invoquer l'interdit

(1) Sab., Jul., ap. Paul., *h. t.*, 3, 5; 1, 15.

(2) Jav., *D.*, XLI, 3, 16. Javolenus dit implicitement que le gagiste a l'*utrubi :* il peut ajouter à sa possession celle du débiteur qui a constitué le gage. Mais le gagiste n'ayant que la possession *ad interdicta* ne peut acquérir la possession civile par l'esclave qu'il a reçu en gage : il ne peut ni stipuler ni faire aucun autre acte d'acquisition par l'intermédiaire de cet esclave. Jul., ap. Paul, *h. t.*, 1, 15.

(3) Ulpien met le colon sur la même ligne que l'esclave et le *procurator* (*D.*, XLIII, 26, 1, 22).

(4) Interdit *si uti frui prohibitus esse dicetur. Vat. fr.*, 91.

(5) Interdit *de loco publico fruendo* (Ulp., *D*, XLIII, 9, 1 pr.). On a prétendu que cet interdit était donné aux fermiers de l'impôt dû par ceux qui jouissent de parcelles du domaine public. Mais les publicains n'avaient pas besoin d'un interdit pour encaisser l'impôt; le Préteur n'a pas entendu leur permettre d'agir par violence. On a objecté que l'interdit facilitera aux publicains l'exercice de la *pignoris capio*. Si cela était vrai, il n'aurait pas survécu aux actions de la loi, car la *pignoris capio* a été remplacée par une action fictice (Gaius, IV, 32), et l'on ne conçoit plus un empêchement à l'exercice de cette action. — La création d'un interdit en faveur des fermiers de terres publiques s'explique aisément : en leur assurant une situation privilégiée, l'Etat trouvera plus facilement à louer ses terres. La jurisprudence jugea équitable d'étendre aux cités le bénéfice de cet interdit. Sab., Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 14, 1, 7.

(6) Interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* Ulp., *D.*, XLIII, 4, 4 pr.

général *quod vi aut clam* pour tout changement apporté au fonds clandestinement ou par violence (1).

La théorie de la possession élaborée par les classiques a été obscurcie par les compilateurs. Ils considèrent comme civile toute possession produisant un effet juridique d'après le droit honoraire ou civil, pourvu que le possesseur ait l'*animus domini;* la poss. *ad interdicta* a été dans la plupart des cas confondue avec la possession civile. Cette confusion a eu pour résultat de faire rentrer dans la possession naturelle les cas de possession *ad interdicta* dans lesquels l'*opinio domini* n'existe pas (conjoint donataire, gagiste, précariste). Cette conception est étrangère aux classiques : la possession naturelle est, à leurs yeux, essentiellement différente de la possession civile et de la possession *ad interdicta*. Les *Veteres* avaient déjà déclaré que nul ne peut changer lui-même la cause de sa possession : cela est vrai de la possession naturelle aussi bien que des autres sortes de possession (2).

Cependant la double notion de la possession civile et de la possession naturelle est exprimée dans plusieurs textes sur lesquels on s'était appuyé jusqu'ici pour en dégager la théorie classique de la possession; mais ces textes sont interpolés : les règles qu'ils contiennent ne sont vraies que pour l'époque de Justinien (3). La découverte de ces interpolations fait disparaître les difficultés que Savigny s'était efforcé de résoudre en imaginant la théorie de la dualité de la possession civile ou naturelle, et celle de la possession dérivée.

II. Acquisition de la possession.

L'acquisition de la possession exige la réunion de trois conditions : une personne capable; une chose susceptible d'être possédée; le *corpus* et l'*animus*.

Les deux premières conditions sont la conséquence de l'analogie existant entre la possession et la propriété. La troisième condition a été entendue d'une façon plus ou moins rigoureuse, suivant les époques; elle se réalise d'une façon différente, suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, et que l'acquisition a lieu avec ou sans le concours du précédent possesseur.

(1) *Ibid.*, XLIII, 24, 11, 12; Jul., *eod.*, 11, 14. Cf. p. 579.
(2) Paul., *h. t.*, 3, 19.
(3) La démonstration a été faite par Riccobono, *Sav. Z.*, 1910, XXXI, 321. Voici les principales interpolations : 1° D'après Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 9-10, toute possession naturelle est protégée par l'interdit *unde vi*. Cela n'est pas exact pour l'époque classique, car lorsqu'on a jugé nécessaire de protéger l'usufruitier, on a crée pour lui un interdit spécial *quia non possidet* (*Vat. fr.*, 90, 91). Au Digeste, on a interpolé les mots *civiliter aut naturaliter*; on a aussi ajouté les mots *non tamen si colonus*; cette exception, inutile en droit classique, était nécessaire sous Justinien pour ne pas donner à l'innovation une portée exagérée; 2° Ulp., *D.*, X, 4, 3, 15 est interpolé : à l'époque classique, l'action *ad exhibendum* ne se donne pas contre un détenteur (pas plus que la revendication qu'elle sert à préparer) sauf le cas prévu par Cels., *eod.*, 5 pr. Les compilateurs ont intercalé les mots *non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni*, afin de mettre le texte en harmonie avec la règle établie par Constantin pour la revendication (*C.*, III, 19, 3). Pour la même raison ils ont interpolé Ulp., *D.*, VI, 1, 9, dont la phrase finale autorise la revendication contre un simple détenteur.

§ 1er. **Acquisition du *corpus*.** — Anciennement, et même au temps de Labéon, l'acquisition du *corpus* exigeait un acte matériel d'appréhension *(loco movere)* pour les meubles (1), l'entrée dans le champ *(inducere in fundum)* pour les fonds de terre (2).

Exception était faite pour les meubles d'un poids ou volume tel qu'on ne pût les appréhender *(columna, acervus lignorum)*, et pour les terres d'une grande étendue : dans le premier cas on se contentait de préposer quelqu'un à la garde de l'objet *(custodiam ponere)* (3), dans le second d'indiquer les limites *(demonstrare fines)* (4) en se transportant dans le voisinage de la terre. L'acquisition a lieu ici, dit Neratius, non pas *corpore et actu*, mais *oculis et affectu*. On admit enfin l'acquisition de la possession dans tous les cas où la chose était d'une façon durable à la disposition de l'acquéreur (5).

Pour les meubles, l'un des principaux moyens d'en acquérir et d'en conserver la possession est de les avoir sous sa garde (6). Cela s'entend en général du dépôt de la chose dans un lieu clos, comme une maison; cela pourrait être dans un lieu ouvert, en plein champ, s'il s'agissait, par ex., de matériaux destinés à une construction. Si des marchandises sont enfermées dans un grenier, la remise des clefs en fait acquérir la possession lorsqu'elle a lieu *apud horrea* (7). La marque apposée sur un objet est également un signe d'appréhension. Si cependant cet objet est dans un lieu où l'acheteur n'a pas accès, la marque sert seulement à reconnaître l'objet dont livraison sera faite ultérieurement (8).

Pour les immeubles, l'occupation d'un fonds de terre en l'absence du possesseur ne suffit pas pour acquérir la possession : il faut de plus que le précédent possesseur fasse une tentative infructueuse pour le recouvrer, ou renonce à la possession (9). En cas de tradition, la possession est acquise lorsque le vendeur conduit l'acheteur sur le fonds (10). Si le fonds est trop éloigné, il suffit d'une autorisation écrite délivrée par l'aliénateur (11).

Que la possession soit acquise avec ou sans la coopération du précédent possesseur, qu'il y ait tradition ou occupation, l'acquisition a toujours lieu à titre originaire (12). Entre l'ancien et le nouveau possesseur, il n'y a pas de rapport d'auteur à ayant cause. La possession ne se transmet pas plus à titre particulier qu'à titre universel. Par suite,

(1) Sab., ap. Paul., *h. t.*, 3, 3. Cf. pour l'animal blessé par un chasseur, p. 260, et pour le trésor caché dans la terre, p. 280.
(2) Paul, *h. t.*, 3. 1 ; Gaius, *D.*, VII, 1, 3 pr.
(3) Lab., ap. Jav., *h. t.*, 51 ; Ner., ap. Paul, *h. t.*, 1, 21.
(4) Alf., *D.*, XXI, 2, 45; Jav., *D.*, XVIII, 1, 63, 1.
(5) Jav., *h. t.*, 22.
(6) Nerva, ap. Paul, *eod.*, 4, 13.
(7) Gaius, *D.*, XLI, 1, 9, 6 ; Paul, *h. t.*, 1, 21 ; Pap., *D.*, XVIII, 1, 74.
(8) Treb., Lab., ap. Ulp, *D.*, XVIII, 6, 1, 2; Paul, *eod.*, 14, 1.
(9) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 6, 1 ; Ner., ap. Paul, *eod.*, 7.
(10) Paul, *h. t.*, 3, 1. Celsus se contente d'une désignation faite par le *tradens* à proximité du fonds (*eod.*, 18, 2).
(11) Diocl., *C.*, IV, 38, 12 pr. Cf. Alex., *C.*, VII, 32, 2.
(12) Arg. Paul, *D.*, XLIII, 1, 2, 3 : l'exercice, par l'acheteur d'un fonds, du droit de passage utilisé par son vendeur, est garanti par un interdit *adipiscendæ* et non *retinendæ possessionis*.

l'*accipiens* peut avoir la possession, alors que le *tradens* n'avait que la détention. Sa possession peut être exempte de vices, alors que celle du *tradens* était vicieuse.

§ 2. **Acquisition de l'*animus*.** — L'appréhension de la chose, ou tout autre acte équivalent, ne suffit pas pour acquérir la possession : elle doit s'appuyer sur l'*animus*. Cet *animus* est présumé jusqu'à preuve contraire. Cette preuve n'est pas admise si celui qui a appréhendé la chose en est, même à son insu, le propriétaire : il ne servirait de rien d'établir qu'il avait, lorsqu'il a appréhendé la chose, la volonté de détenir pour autrui. Dans tout autre cas, on prouvera que l'appréhension n'a pas eu lieu à titre de maître en se reportant à la convention ou à l'acte juridique qui l'a motivée. Celui, par exemple, qui a commencé à posséder pour autrui à titre de dépositaire ou de locataire, ne peut avoir la volonté de posséder pour son propre compte. Il est de principe qu'on ne peut changer soi-même la cause de sa possession (1).

Le vice, dont se trouve entachée la possession de celui qui détient pour autrui, ne peut être effacé que par une interversion de possession, résultant d'une contradiction formelle opposée par le détenteur au droit du possesseur. Cette contradiction doit se manifester par un acte matériel, lorsque, par exemple, un colon défend au bailleur d'entrer dans la propriété (2).

§ 3. **Acquisition de la possession par autrui.** — Anciennement on ne pouvait acquérir la possession que par soi-même ou par l'intermédiaire d'une personne en puissance (3). A la fin du Ier siècle, Neratius étendit cette règle à l'acquisition par un procurateur, qui était souvent un esclave affranchi. Ce fut le point de départ d'une théorie nouvelle, consacrée par Sévère et Caracalla : l'acquisition de la possession *per extraneam personam* (4). La représentation n'est, d'ailleurs, admise que pour le *corpus*; l'*animus* doit exister en la personne du représenté : il peut être manifesté à l'avance, en cas de mandat, ou après coup, en cas de ratification des actes d'un gérant d'affaires (5).

(1) La règle *Ipsum sibi causam possessionis mutare non posse* paraît avoir reçu deux applications : 1° elle sert à restreindre l'usucapion *pro herede*; elle empêche celui qui a acheté la chose d'autrui d'être considéré, après la mort du propriétaire, comme possédant *pro herede*, et par suite comme pouvant usucaper par un an sans bonne foi (JUL., *D.*, XLI, 3, 33, 1); 2° elle met le simple détenteur dans l'impossibilité de se transformer en possesseur par un acte de sa volonté. (JUL., *D.*, XLI, 5, 2, 1.) Mais il peut commencer une possession nouvelle fondée sur une *justa causa*, en achetant la chose au propriétaire MARCEL., *h. t.*, 19, 1. Cf. C. civ. 2236, 2240.

(2) MARCEL., *D.*, XLIII, 16, 12; PAP., *eod.*, 18. C. civ. 2238.

(3) GAIUS, II, 89, 90, signale une controverse pour la femme *in manu* et pour l'individu *in mancipio*.

(4) NER., *D.*, XLI, 1, 13 pr.; *C.*, VII, 32, 1.

(5) ULP., *h. t.*, 42, 1. Est-il nécessaire en outre que le représentant ait l'intention d'acquérir pour le représenté? La question ne se pose pas dans le cas le plus ordinaire, celui où le mandataire acquiert pour lui-même, sauf à retransférer la possession au mandant. (CALLISTR., *D.*, XLI, 1, 59 pr.; ALEX., *C.*, VII, 10, 2.) Mais lorsqu'une personne voulant me faire une donation, je charge un tiers de recevoir la chose, ce tiers peut-il m'empêcher d'acquérir la possession en l'appréhendant pour lui-même? Tel est l'avis de Julien (*D.*, XLI, 1, 37, 6); d'après lui, il n'y a rien de fait. Ulpien, au contraire, estime que l'intention du tiers est indifférente (*D.*, XXXIX, 5, 13) : l'acquisition se réalise au profit du mandant.

La règle qui exige un *animus* personnel au représenté, souffre quelques exceptions :

1° Le maître d'un esclave administrateur d'un pécule acquiert la possession à son insu, lorsque l'acquisition a lieu dans l'intérêt du pécule en vertu d'une cause conforme au droit (p. 146, 2). L'exception est donc restreinte à la possession civile ; elle ne s'applique pas à la possession *ad interdicta*. Justinien a généralisé cette exception : que la possession soit acquise ou non dans l'intérêt du pécule, la volonté du maître n'est plus exigée. Les compilateurs ont supprimé dans les textes classiques les mots *ex peculiari causa* (1).

2° Les cités sont incapables de posséder : elles n'ont pas d'*animus*; leurs habitants ne peuvent pas donner un consentement collectif; il y a toujours parmi eux des incapables tels que les enfants. Vers le milieu du Ier siècle, une exception fut admise dans le cas où la possession était acquise par un esclave public *ex peculiari causa* (2) : ici, en effet, la volonté du maître n'est pas exigée. Cette exception fut contestée parce que, disait-on, les cités ne possèdent pas leurs esclaves ; mais l'opinion contraire prévalut. On en conclut que la cité peut être actionnée *ad exhibendum* pour les choses qu'elle possède. Si l'esclave public perd la possession, les magistrats municipaux peuvent exercer la Publicienne avant l'achèvement de l'usucapion (3). — Justinien a supprimé ici, comme dans le cas précédent, les mots *ex peculiari causa* : la cité acquiert toujours la possession par ses esclaves (4). C'est excessif : la cité profite de la possession que l'esclave public a acquise par violence.

3° Le pupille sorti de l'*infantia* peut acquérir seul la possession *ad interdicta* (5) : il a une intelligence suffisante pour rendre sa condition meilleure. Il peut aussi perdre la possession, mais seulement quant au *corpus* (6). Pour la possession civile, il ne peut l'acquérir ou la transmettre sans l'*auctoritas* de son tuteur (7), lorsque l'acte juridique qui motive l'acquisition ou l'aliénation exige cette *auctoritas* (8).

4° L'*infans* ne peut, en principe, acquérir la possession : il n'a pas l'*animus* nécessaire. Mais, dès le IIe siècle, on admit, pour une raison d'utilité pratique, que la volonté de l'enfant serait suppléée par celle de son tuteur (9). On a même été plus loin : le concours du tuteur

(1) L'interpolation a été omise dans quelques textes, ce qui a permis de la reconnaître (Pap., *h. t.*, 44, 1 ; Jul., *D.*, XLIX, 15, 22, 3 ; Paul, *h. t.*, 1, 5). Elle est d'autant plus certaine pour ces deux derniers que la même décision a été reproduite, mais corrigée, dans *D.*. XLI, 3, 15 pr. et 28. Cf. Riccobono, *Sav. Z.*, XXXI, 358.
(2) Nerva fil. ap. Paul, *h. t.*, 1, 22.
(3) Ulp., *D.*, VI, 2, 9, 6 ; X, 4, 7, 3.
(4) Ulp., *h. t.*, 2, a été interpolé : il admet que la cité peut posséder et usucaper par l'intermédiaire d'un esclave public ou même d'une personne libre, ce qui, au IIIe siècle, n'était possible que *ex peculiari causa*. Cf. p. 119.
(5) Ofil., Nerva ap. Paul, *h. t.*, 1, 3. Cf. p. 211.
(6) Ulp., *h. t.*, 29. Marcien dit le contraire (*D.*, XLI, 1, 11), mais la fin du texte a été interpolée : *quæ est naturalis* au lieu de *res facti* n'est pas classique.
(7) Paul, *h. t.*, 1, 11 ; 1, 13.
(8) Gaius, VI, 2, 13, 2 : pour un acte synallagmatique (achat); XXVI, 8, 9 pr. pour un acte unilatéral (stipulation, acquisition par tradition).
(9) Gaius, III, 109. Paul, *h. t.*, 1, 20 ; 32, 2. Cf. p. 212.

n'est pas exigé lorsqu'une tradition est faite à l'enfant à titre de donation (1). La possession est ici acquise *corpore*.

Les conditions requises pour acquérir la possession par l'intermédiaire d'un tiers se réduisent à leur plus simple expression, lorsque ce tiers est déjà en possession de la chose. Si par exemple un propriétaire veut donner un fonds de terre tout en se réservant la faculté de le conserver à titre de fermier, il suffit pour faire acquérir la possession au donataire d'une double manifestation de volonté. C'est ce qu'on appelle depuis le moyen âge le *constitut possessoire*, parce que la déclaration faite par l'ancien possesseur, d'accord avec le nouveau, fait acquérir à celui-ci la possession, sans aucun acte d'appréhension (2).

Réciproquement, un possesseur peut faire acquérir la possession à celui qui la détenait pour son compte (fermier, dépositaire) par une simple déclaration de volonté. C'est ce qu'on appelait jadis : tradition *brevi manu* (3).

III. Perte de la possession.

1. La possession, étant un pouvoir de fait sur la chose, se perd lorsque le possesseur n'est plus en état de l'exercer. Cette règle est appliquée d'une façon plus ou moins rigoureuse suivant les cas.

L'occupation d'un immeuble par un tiers n'en fait perdre la possession que dans le cas de négligence prolongée du possesseur (4). A cet égard on tient compte des usages locaux, par exemple pour les pâturages d'été ou d'hiver qu'on abandonne pendant un semestre (5).

La possession d'un meuble se perd bien plus facilement : il suffit qu'il ne soit plus sous notre garde (6). Pour l'application de cette règle, il y a lieu de distinguer les animaux et les esclaves. Un animal sauvage cesse d'être en notre possession dès qu'il a recouvré sa liberté naturelle ; un animal sauvage apprivoisé, lorsqu'il a perdu l'esprit de retour : il n'est pas nécessaire qu'un tiers se soit emparé de lui ; un animal domestique lorsque, s'étant échappé, il n'est plus en vue et qu'on tenterait vainement de le poursuivre (7). Pour l'esclave, qui a l'esprit de retour (8), la possession n'est perdue que si un tiers s'est emparé de lui. Elle se perd encore lorsque l'esclave, qui depuis un certain temps est, sans dol, en liberté de fait, est prêt à faire soutenir en justice qu'il est libre.

2. La possession est également perdue lorsque le possesseur y renonce (9). Une personne incapable de volonté, un fou, un enfant, ne

(1) Decius, *C.*, VII, 32, 3.
(2) P. 269. Cels., *h. t.*, 18 pr. ; Ulp., *D.*, VI, 1, 77. Cf. Jhering, *Rôle de la volonté*, 182. Buckland, *RH.*, 1925, p. 355.
(3) Gaius, *D.*, XLI, 1, 9, 5.
(4) Jul., ap. Afric., *h. t.*, 40, 1 ; Gaius, II, 51 ; *D.*, XLI, 3, 37, 1.
(5) Pomp., *h. t.*, 25, 2. Pour le cas d'absence temporaire, voir p. 314, 9.
(6) Nerva fil., ap. Pap., *h. t.*, 47.
(7) Gaius, *D.*, XLI, 1, 3, 2 ; 5 pr., 5-6.
(8) Nerva, *loc. cit.* Pour l'esclave fugitif : Herm., *h. t.*, 50, 1.
(9) Ulp., *h. t.*, 17, 1. La règle sur la perte de la possession *animo solo* est contredite par un texte célèbre (Paul, *D.*, L, 17, 153) : de même que la possession exige pour son acquisition la réunion du *corpus* et de l'*animus*, de même elle ne se perd

peut perdre la possession de cette manière. La renonciation peut être pure et simple, lorsque le possesseur abandonne la chose ou lorsqu'il en fait tradition à un tiers (1). Il en est autrement de la tradition faite en exécution d'une vente : ici le vendeur n'entend renoncer à la possession que si elle est acquise par l'acheteur (2).

3. La possession se perd enfin par la mort du possesseur ou lorsque la chose a péri ou a été mise hors de commerce (3).

4. Les règles qui précèdent s'appliquent au cas où l'on possède par l'intermédiaire d'autrui. Cela ne fait aucun doute pour le cas de renonciation ou de mort du possesseur, lorsque la chose a péri ou a été mise hors du commerce. Mais l'expulsion du possesseur ne fait pas perdre la possession, tant que les gens de sa maison ne sont pas eux-mêmes expulsés (4).

Lorsque celui qui détient la chose pour autrui meurt ou devient fou, la possession n'est pas perdue (5), pourvu que le possesseur ne puisse être accusé de négligence; il en est autrement si un tiers vient à s'emparer de la chose. Lorsque le détenteur laisse enlever la chose par négligence ou par dol, le possesseur n'est pas victime de cet acte déloyal : il ne perd la possession que s'il ne prend aucune mesure pour recouvrer sa chose ou s'il ne réussit pas à la reprendre (6). Enfin, si un tiers profite de l'absence du détenteur pour s'emparer d'un fonds, il acquiert la possession par cela seul que le détenteur mis au courant de la situation la subit ou tente vainement de la faire cesser. Il n'y a pas à rechercher si le représenté a connaissance de l'usurpation (7).

IV. **Protection de la possession.**

La possession, qu'elle soit ou non séparée de la propriété, est protégée par le Préteur au moyen des interdits (8). C'est là l'effet propre

que par une volonté contraire jointe à l'abandon du *corpus*. (Sur le sens du mot *utrumque* que Savigny a inexactement traduit par « l'un ou l'autre », cf. Karlowa, II, 340). On ne saurait voir dans ce texte l'expression de l'opinion de Paul; car dans le même ouvrage (*h. t.*, 3, 6) il dit : *Amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* Il est vraisemblable que, dans le texte précité, Paul rapportait une règle antique, qui, au temps où il vivait, ne s'appliquait pas d'une façon absolue. Au IIIe siècle, l'élément intentionnel jouait dans plusieurs cas un rôle prépondérant : pour la possession d'un esclave voyageant à l'étranger loin de son maître, mais ayant l'esprit de retour; pour les *saltus hiberni æstivique*. Pap., *h. t.*, 44, 2; 46.

(1) Ulp., *h. t.*, 29; Cels., *h. t.*, 18, 1.

(2) Pap., *D.*, XLIII, 16, 18; Ulp., *h. t.*, 34.

(3) Paul, *h. t.*, 30, 4; 30, 1.

(4) Paul, *h. t.*, 30, 5. Vivian., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 45.

(5) Afr., *h. t.*, 40, 1. *Contra* si le détenteur abandonne la chose, d'après Julien (*eod.*) et Pomponius (*eod.*, 25, 1; 31). Mais Proculus (*D.*, IV, 3, 31), Papinien (*h. t.*, 44, 2) et Paul (3, 8) pensent que le possesseur retient la possession *animo* tant qu'un tiers ne s'est pas emparé de la chose.

(6) Sab., in *C.*, VII, 32, 12 pr.

(7) Pap., *loc. cit.*; Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 22.

(8) Quelles raisons ont déterminé le Préteur à protéger la possession, à créer les interdits possessoires? C'est une question controversée (cf. Éd. Cuq, *Recherches sur la possession*, p. 9-34). A notre avis, les interdits possessoires, comme les interdits les plus anciens, sont des mesures de police destinées à maintenir le bon

de la possession : à cet égard, on peut dire qu'elle n'est plus un simple fait; elle confère un droit. Mais c'est un droit qui ne saurait prévaloir devant la preuve qu'un tiers est propriétaire de la chose.

Les interdits possessoires sont de trois sortes : les uns ont pour but de faire acquérir la possession dans certains cas déterminés par le Préteur; les autres de recouvrer une possession perdue (1), ou de conserver une possession contestée. On les appelle respectivement *adipiscendæ, recuperandæ, retinendæ possessionis causa*. On ne s'occupera ici que des interdits récupératoires et des interdits conservatoires. Les interdits servant à acquérir la possession seront expliqués à propos des cas où ils sont accordés.

§ 1er. **Interdits récupératoires.** — Sont récupératoires les interdits *unde vi, de precario, de clandestina possessione.*

1. A l'époque classique, il y a deux interdits *unde vi :* l'un est donné *de vi cottidiana*, l'autre *de vi armata* (2).

a) Le premier suppose l'expulsion violente *(vis atrox)* du possesseur d'un immeuble (3) par le défendeur, par ses esclaves ou son procurateur agissant sur son ordre ou avec son assentiment (4). Peu importe que le défendeur ne possède plus la chose ou même qu'il n'en ait pas pris possession (5). Mais il faut que le demandeur n'ait pas une possession vicieuse à l'égard de son adversaire, sans quoi le défendeur l'écarterait par l'exception *vitiosæ possessionis* (6). Sous cette réserve le Préteur ordonne au défendeur de restituer l'immeuble et tout ce qui s'y trouvait, les fruits, les accessoires, en un mot de réparer complètement le dommage causé même par cas fortuit (7). Le dommage s'apprécie à dater du jour de la dépossession et non pas, comme d'ordinaire, depuis l'émission de l'interdit. Mais l'interdit doit être demandé dans l'année; passé ce délai, le Préteur n'accorde qu'une action *in factum*, et le défendeur n'est tenu que de son enrichissement. Il en est de même si le défendeur est mort : ses héritiers sont passibles d'une action *in factum* dans la mesure de leur enrichissement (8).

ordre dans la cité. Cette idée que nous avons émise (*op. cit.*, p. 11, 30, 31) a été depuis reprise et développée par PERNICE (*Sav. Z.*, 1896, p. 194) et par KARLOWA (II, 1028). Bien entendu, toutes les mesures de police ne donnent pas lieu à un interdit : l'interdit suppose un conflit entre deux citoyens. On a objecté que le Préteur n'a pu avoir la pensée de protéger les usurpateurs contre les propriétaires : cette objection tombe si l'on remarque les précautions prises par le Préteur pour exclure ceux qui ont une possession vicieuse. Cf. Ed. CUQ, *Ancien droit*, 180.

(1) Ces interdits sont les plus anciens. Voir les preuves, *Recherches*, p. 24-27.

(2) CIC., *p. Cæc.*, 32.

(3) ULP., *h. t.*, [*D.*, XLIII, 16], 1, 3-4; 1, 43-46 : *rei solo cohærentis*. La dépossession est nécessaire. Mais l'expulsion d'un esclave, d'un procurateur ou d'un colon suffit lorsqu'on possède par leur intermédiaire. ULP., 1, 22; TRYPH., 19.

(4) CIC., *p. Cæc.*, 19, 55; ULP., *h. t.*, 1, 11-12, 16-17; SAB., ap. ULP., 1, 13-14. Si l'expulsion a eu lieu par un fils de famille ou un mercenaire, on donne un interdit utile. Si la violence a été commise par les esclaves à l'insu de leur maître, celui-ci ne doit que l'abandon noxal et la restitution du profit. ULP., 1, 15 et 20.

(5) ULP., *eod.*, 1, 42; PAUL, *D.*, XLI, 3, 4, 22.

(6) GAIUS, IV, 154; ULP., *h. t.*, 1, 27 : *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur.*

(7) ULP., 1, 31-33; 40-41. La victime de la violence peut, si elle le préfère, réclamer séparément les meubles par l'action *ad exhibendum* ou par l'action *bonorum vi raptorum*. JUL., 1, 32, 34, 35.

(8) ULP., *h. t.*, 1 pr.; 1, 39; 1, 48.

b) L'interdit *de vi armata* fut inséré dans l'édit du Préteur vers la fin du VII[e] siècle, au temps des guerres civiles (1). Il s'applique au cas où l'expulsion est l'œuvre d'une troupe d'hommes ou d'une ou plusieurs personnes armées *(hominibus coactis armatisve)* (2). Il a pour but d'assurer d'une manière plus énergique la répression de la violence commise. A la différence de l'interdit *de vi cottidiana*, il est perpétuel (3); il ne peut être écarté par l'exception *vitiosæ possessionis* (4); il se donne même contre un ascendant ou un patron, au lieu d'être remplacé par une action *in factum* (5).

c) Sous Justinien il n'y a plus qu'un interdit *unde vi;* il ne se donne que pendant un an utile; on ne peut jamais l'écarter par l'exception *vitiosæ possessionis*. La différence de la violence simple et de la violence à main armée a été maintenue, mais elle n'a plus d'intérêt qu'au point de vue des poursuites criminelles que provoque désormais toute expulsion.

2. L'interdit *de precario* se donne contre le précariste qui ne restitue pas, à première réquisition, la chose qui lui a été livrée sur sa prière. C'est la sanction de la faculté reconnue au bailleur de révoquer sa concession *ad nutum* (6). Jusque-là le précariste avait la *justa possessio;* à dater de la révocation, il possède *injuste* ou *vitiose* (7). Cet interdit remonte à une époque où le précaire se formait entre patron et client. Il a été appliqué par le droit classique à d'autres rapports non sanctionnés par la loi (8). On l'accorde même contre le précariste qui, par dol, a cessé de posséder (9). — L'interdit *de precario* est restitutoire; le défendeur qui refuse de restituer la chose est condamné à indemniser le demandeur de la totalité du préjudice causé (10). L'interdit est perpétuel; il peut être exercé contre l'héritier du précariste (11).

(1) Il est antérieur au *Pro Cæcina* de 685. La loi Julia *de vi privata* autorise une poursuite criminelle en cas d'expulsion à main armée : PAUL, V, 26, 3. Sous Justinien, si l'expulsion violente a lieu à main armée, on applique les peines de la loi Julia *de vi publica:* sinon, celles de la loi Julia *de vi privata* (*Inst.*, IV, 15, 6). Les textes classiques ont été modifiés en conséquence par les compilateurs. Cf. MOMMSEN, *Strafr.*, II, 379; Ed. CUQ, v° LEX JULIA *de vi*, *Dict. Antiq.*, III, 1148.

(2) CIC., *eod.*, 21, 59; cf. ULP., *D.*, XLVIII, 7, 5.

(3) ULP., *h. t.*, 1 pr.; 1, 39; CIC., *ad div.*, XV, 16.

(4) POMP., *h. t.*, 14; GAIUS, IV, 155.

(5) ULP., *h. t.*, 1, 43. Labéon (ap. ULP., 1, 29) admet une autre différence : il considère comme *dejectus* celui qui s'est enfui à la vue des hommes armés. Cette assimilation, contestée par Pomponius, n'est acceptée par Ulpien que si l'immeuble a été effectivement occupé.

(6) ULP., *h. t.*, [*D.*, XLIII, 26], 1 pr., 2.

(7) Cf. nos *Recherches sur la possession*, p. 25.

(8) PAUL, *h. t.*, 14. Le précaire peut avoir pour objet des meubles (ULP., 4 pr.), des choses incorporelles (POMP., 15, 2). Cf. p. 504; SCIALOJA, *Del precarista*, 1888.

(9) ULP., *h. t.*, 8, 3.

(10) *Ibid.*, 2, 1, 8, 4-6.

(11) LAB., ap. ULP., 8, 7; ULP., 8, 8. Jhering (*Der Besitzwille*, 1889, trad., p. 334) a contesté à tort le caractère récupératoire de cet interdit. Il prétend qu'un interdit est impossible dans les rapports de patron à client. Cela a pu être vrai aux premiers siècles, mais non à l'époque où l'on a favorisé l'émancipation des clients. Lorsque la loi protégea le client contre l'avarice du patron, il parut équitable au Préteur de protéger le patron contre le client ingrat qui élevait la prétention de garder la terre qu'il devait à la bienveillance de son patron. Jhering objecte que l'interdit *de precario* manque du caractère essentiel des interdits possessoires, car il ne suppose pas nécessairement que le bailleur possède (JUL., *eod.*, 18). Mais le

3. On a peu de renseignements sur l'interdit *de clandestina possessione* : il n'est mentionné que par Julien (1). Il devait être donné contre celui qui avait clandestinement pris possession d'une chose en l'absence du possesseur ; il permettait à celui-ci de recouvrer la possession. Cet interdit perdit sa raison d'être lorsque, sous l'Empire, les règles sur la perte de la possession eurent été modifiées. A cette époque, il ne suffit plus qu'un tiers s'empare d'un immeuble : il faut qu'il y ait négligence du possesseur ou tentative infructueuse de retour. En l'absence de l'un de ces faits, la possession est conservée et protégée par l'*uti possidetis*; l'interdit *de clandestina possessione* est inutile.

§ 2. **Interdits conservatoires.** — Ces interdits sont l'*uti possidetis* pour les immeubles, l'*utrubi* pour les meubles (2). Le rapprochement de ces deux interdits, autrefois si distincts par leur objet (3), ne paraît pas antérieur à Justinien (4). Il subsiste entre eux une différence essentielle qui n'a été supprimée que par Justinien : l'*uti possidetis* protège le possesseur actuel; l'*utrubi*, celui des plaideurs qui, dans la dernière année, a possédé plus longtemps que son adversaire, soit par lui-même, soit par celui dont il est l'héritier ou l'ayant cause à titre particulier; on l'autorise en effet à joindre à sa possession celle de son auteur.

Ces interdits sont prohibitoires : le Préteur défend de porter atteinte à l'état actuel ou antérieur de la possession. L'un et l'autre sont doubles : la défense du Préteur s'adresse aux deux plaideurs. En cas de contravention, on organise ultérieurement une instance pour obtenir la réparation du préjudice. L'un et l'autre ne protègent que celui dont la possession est exempte de tout vice (5).

1. APPLICATIONS DE L'*UTI POSSIDETIS*. — Sous l'Empire comme sous la République, l'*uti possidetis* sert à trancher un débat sur la possession d'un immeuble *(possessionis controversia)*. Ce débat présente, suivant les cas, des aspects divers.

a) Le droit classique assimile à un prétendant à la possession celui qui empêche un possesseur d'user de sa chose comme il l'entend : c'est par exemple un locataire qui veut empêcher le bailleur de réparer sa maison, un tiers qui m'empêche de construire sur mon terrain (6).

texte cité se rapporte au précaire du droit classique qui a pour objet une chose dont le bailleur est propriétaire, et non une parcelle de l'*ager publicus*. Voy. nos *Recherches sur la possession*, p. 28, 6.

(1) Ap. ULP., *D.*, X, 3, 7, 5. Bien que certains auteurs (SAVIGNY, 96; LENEL, II, 216, 12) ne voient dans ce texte qu'une allusion à l'exception *vitiosæ possessionis* opposée à l'*uti possidetis*, l'existence de cet interdit ne paraît pas douteuse. L'exception *vitiosæ possessionis* a été insérée dans la formule de l'*uti possidetis* pour exclure l'application de cet interdit dans le cas où l'un des prétendants à la possession a droit aux interdits récupératoires. Voir nos *Recherches sur la possession*, p. 26; KARLOWA, II, 322.

(2) GAIUS, IV, 149; ULP., *D.*, XLIII, 17, 1, 1 et 8; XLIII, 31, 1, 1. Sur les remaniements apportés à la formule de l'*uti possidetis*, voir nos *Recherches*, 15; 27.

(3) Sur l'objet primitif de l'*utrubi* qui apparaît comme un interdit *de servo ducendo* et non comme un interdit possessoire, voir nos *Recherches*, p. 19-21. Cf. dans le même sens, KARLOWA, II, 1201.

(4) L'idée de ce rapprochement est exprimée par Ulpien (*D.*, XLIII, 31, 1, 1) : *obtinuit vim ejus exæquatam fuisse uti possidetis interdicto* (interpolé : *Inst.*, IV, 15, 4).

(5) GAIUS, IV, 150, 151, 160, 166-170. *Inst.*, IV, 15, 4. Cf. p. 330.

(6) ULP., *D.*, XLIII, 17, 3, 2-4 : *videris mihi possessionis controversiam facere qui*

L'*uti possidetis* joue ici un rôle analogue à celui de l'action négatoire en matière de propriété (1).

b) L'*uti possidetis* peut servir à réprimer un trouble postérieur à son émission, grâce à des paris réciproques que le Préteur permet aux parties d'engager dans le délai d'un an depuis que l'interdit a été rendu.

c) L'*uti possidetis* a une fonction récupératoire lorsqu'il est intenté contre une personne qui possède la chose *vi, clam* ou *precario*. Le Préteur déclare en effet qu'il protégera celui des plaideurs dont la possession n'est pas vicieuse à l'égard de son adversaire.

d) Enfin, l'*uti possidetis* a une fonction préjudicielle (2) : il sert à fixer le rôle des parties dans la revendication. Anciennement, celui qui était actionné en revendication ne pouvait pas se contenter de nier le droit de son adversaire : il devait affirmer qu'il était lui-même propriétaire. Du jour où la possession fut protégée par un interdit, celui qui avait obtenu gain de cause dans le débat au possessoire ne perdait pas sa possession garantie par le magistrat, par cela seul qu'un tiers se prétendait propriétaire. On a alors imaginé une forme de revendication dans laquelle le demandeur seul affirmait son droit (p. 297) :ce fut l'action réelle *per sponsionem*, plus tard la formule pétitoire. Celui qui, dans le débat possessoire, avait obtenu gain de cause, jouait dans le procès au pétitoire le rôle de défendeur.

2. Applications de l'interdit *utrubi*. — Comme l'*uti possidetis*, l'interdit *utrubi*, donné en matière mobilière, a une fonction préjudicielle. Il a aussi et à plus forte raison une fonction récupératoire : il assure fréquemment le succès de celui qui n'a pas la possession lors de l'émission de l'interdit, non seulement lorsque son adversaire a une possession vicieuse, mais aussi lorsque ayant une possession régulière, il a eu la chose moins longtemps pendant la dernière année. Il suit de là qu'en matière mobilière on n'était pas protégé contre un trouble apporté à la possession; on était seulement protégé, pendant un délai très court, contre la perte de la possession.

3. Innovations du Bas-Empire. — Le droit du Bas-Empire s'est efforcé de protéger la possession d'une manière plus efficace. A une époque de désorganisation sociale, les troubles possessoires étaient fréquents, les voies ordinaires de la procédure insuffisantes (3). On dut réglementer à nouveau la dépossession par la violence et l'usurpation sans violence.

a) Dépossession par la violence. — Si la violence émane du proprié-

prohibes me uti mea possessione. Pomp., *D.*, XLIII, 16, 11. Bien qu'inséré au titre *unde vi*, ce texte paraît se rapporter à l'*uti possidetis*; cf. Lenel, *Pal.*, II, 82, 2.

(1) On ignore si l'interdit conserve ici son caractère d'interdit double. Cf. Karlowa, II, 326.

(2) D'après certains auteurs, ce fut sa fonction première. Voir dans nos *Recherches* les raisons de douter de l'exactitude de cette opinion. A notre avis, les interdits récupératoires, peut-être même l'*uti possidetis*, servirent à protéger les possesseurs des *agri occupatorii*. On a objecté que cette application est incompatible avec la création de l'interdit *de loco publico fruendo* pour le fermier de terres publiques. Mais dans cet interdit, la question de possession est hors de cause; le fermier doit établir qu'il a traité avec le magistrat compétent *(is cui locandi jus fuerit)*; qu'il désire jouir conformément aux termes de son contrat. Ulp., *D*, XLIII, 9, 1, 3.

(3) Voir les textes cités par J. Godefroy, I, 442, ad *C. Th.*, IV, 22, 1.

taire qui, au lieu de s'adresser à justice pour recouvrer la possession de sa chose, la reprend lui-même de vive force, Théodose Ier l'oblige à rendre la chose au possesseur et le déclare déchu de son droit de propriété. Si la violence émane d'un tiers, le *dejectus* a droit à la restitution de la possession et à une indemnité égale à la valeur des choses qui lui ont été ravies (1). — Zénon autorise la victime de la violence à fixer sous serment la valeur des objets qui lui ont été enlevés de force (2). — Depuis Justinien, l'interdit *unde vi* se donne toujours en cas de dépossession violente, sans qu'on ait à rechercher si le *dejectus* avait une possession vicieuse vis-à-vis de son adversaire.

b) Usurpation sans violence. — Cette usurpation s'exerçait surtout au préjudice des absents : Constantin plaça leurs biens sous la protection des magistrats ; toute chose dont la possession leur a été enlevée doit être restituée sans délai, sur la demande de ceux qui possédaient au nom de l'absent. S'ils ont négligé de le faire, l'absent, de retour, peut réclamer la possession, quel que soit le temps écoulé depuis l'usurpation (3). — Pour éviter un envoi en possession obtenu par surprise, Honorius annule toute modification faite à l'état actuel de la possession par un rescrit ou par une décision judiciaire, en l'absence du possesseur (4). — Celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui ne doit pas souffrir de l'infidélité de son représentant : si celui-ci a abandonné la possession ou l'a livrée à un tiers, le possesseur est autorisé à la réclamer (5). — Celui qui, par erreur, appréhende la possession d'autrui qu'il croit lui appartenir, ou qui profite de l'incurie du possesseur pour s'emparer de la chose, est tenu de la restituer (6).

Dans ces divers cas, le possesseur injustement dépouillé n'avait que la ressource de l'action pétitoire (7) : c'était insuffisant. Les empereurs byzantins ont comblé cette lacune en créant un nouveau moyen récupératoire, l'interdit *momentariæ possessionis*. Cet interdit, que certains auteurs confondent avec l'interdit *unde vi*, dont ils élargissent la portée (8), tend à procurer une restitution immédiate, *beneficium momenti*, et c'est de là qu'il tire son nom (9). Il présente des particularités caractéristiques : il est populaire et peut être demandé même par un esclave (10). La requête doit être acueillie par le magistrat

(1) *C. Th.*, IV, 22, 3 (abrégée *C.*, VIII, 4, 7) de l'an 389; *Inst.*, IV, 15, 6.
(2) *C.*, VIII, 4, 9 de l'an 477.
(3) *C. Th.*, IV, 22, 1.
(4) *C.*, VIII, 5, 2 (Espagne); III, 6, 3 (Afrique).
(5) Règle admise par Dioclétien en cas de vente par un fermier (*C.*, VII, 32, 5), par Gratien en cas de fraude des tuteurs d'un pupille (*C. Th.*, IV, 22, 2), généralisée par Justinien (*C.*, VII, 32, 12).
(6) Constantin., *C. Th.*, II, 26, 1, abrégée dans *C.*, VIII, 4, 5 (Asie).
(7) Just., *C.*, VIII, 4, 11.
(8) Savigny, *Besitz*, 466; Bruns, *Besitzklagen*, 84, dont l'opinion a été réfutée par Jhering, *Grund des Besitzesschutzes*, trad., 96; cf. Vermond, *Possession*, 369; Monnier, *Études de droit byzantin*, II, 63.
(9) *C. Th.*, IV, 22, 4 : *Celeri redhibitione*; *C.*, VIII, 4, 6 : *Illico reddatur*. Cet interdit porte aussi le nom d'*actio momenti* ou *momentaneæ possessionis* (*C. Th.*, IV, 22, 6; *C.*, III, 6, 3; cf. Fitting, *Z. f. Rg.*, XI, 433) : au Bas-Empire, la distinction de l'interdit et de l'action s'est effacée (Diocl., *C.*, VIII, 1, 3).
(10) *C. Th.*, IV, 22, 1; Honor., *C.*, III, 6, 3 : *Per quamcumque personam*.

sans retard (1). Le magistrat n'a qu'un fait à vérifier : la dépossession; il n'a pas à rechercher si la possession était vicieuse à l'égard du *dejiciens* (2). Le droit à l'interdit ne se prescrit que par 30 ans (3). Le jugement est exécutoire nonobstant appel (4).

A la fin du v[e] siècle, les édits impériaux prescrivent aux gouverneurs des provinces de protéger les possesseurs contre tout dommage (5) causé clandestinement, contre tout *opus novum* accompli à leur préjudice ou au préjudice de leurs gens (6). Le plaignant doit adresser au gouverneur une protestation, sous la forme d'un libelle contradictoire, par l'entremise du chef de la police de son village *(riparius)*, du défenseur de la cité ou du percepteur de l'impôt (7).

En résumé, la violence n'est plus la condition indispensable de l'exercice d'un interdit récupératoire : dans plusieurs cas, il suffit de l'appréhension injuste de la possession d'autrui (8). C'est un progrès par rapport au droit antérieur qui ne fournit aucun moyen possessoire à celui qui n'a pas fait une tentative pour recouvrer sa chose.

L'innovation, introduite pour la protection de la possession des immeubles, ne fut pas étendue aux meubles, bien que Justinien ait exigé, pour l'*utrubi* (9) comme pour l'*uti possidetis*, la possession actuelle. Il y avait là une lacune qui fut comblée plus tard par la création de l'action *spolii* (10).

CHAPITRE IV

Les servitudes.

Les servitudes rentrent dans la catégorie des droits réels sur la chose d'autrui. Ces droits ont été consacrés les uns par le droit civil, les

(1) HONOR., *C.*, VIII, 4, 8 : *Mox audiri.*
(2) *C. Th.*, IV, 22, 1. Cette règle a été appliquée par Justinien à l'*unde vi*. Cf. *C. Th.*, IX, 10, 3 de l'an 319 : *Si vim possidenti intulerit, ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus*. C'est l'origine de la règle fameuse : *Spoliatus ante omnia restituendus.*
(3) JUST., *C.*, VIII, 4, 11. L'*unde vi* est devenu annal.
(4) VALENT., *C.*, VII, 69, 1 (Italie).
(5) *P. Caire* (du règne d'Anastase), publié par J. MASPERO (*Bull. Inst. fr. archéol. or.*, XI, 163). Le requérant invoque les lois qui ont établi des mesures préventives (οἱ νόμοι προκαταλάβοντες, I, 11; τα φοβερώτατα ἔδικτα, II, 19) pour protéger la possession (κατὰ νομῆς ὑπ' ἐμέ τυγχανούσης) contre toute καινοτομία.
(6) *Ibid.*, II, 5-7, 14-15, 25. Καινοτομία est le terme technique pour désigner l'*opus novum*. Cf. le *Tipucitus, ad D.*, XLIII, 24, 3 pr.; 5, 14; 11, 5; 13, 3, etc., cité par HEIMBACH, *Basil.*, V, 220.
(7) *P. Caire*, I, 8-10; II, 19-23.
(8) Au code de Justinien, le titre *unde vi* est suivi d'un titre qui a pour rubrique : *Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio*, *C.* VIII, 5.
(9) Voir une application de l'*utrubi* en Gaule, l'an 400, pour la reprise des colons fugitifs (HONOR., *C. Th.*, IV, 23, 1).
(10) Savigny a soutenu (p. 437) que l'interdit *unde vi* a été appliqué aux meubles. Il s'est fondé sur l'insertion au titre *unde vi* (VIII, 4, 7) d'une loi de Valentinien qui défend au propriétaire de reprendre de force sa chose lorsqu'elle est aux mains d'autrui. Mais c'est une décision spéciale qui ne saurait être généralisée. Cf. sur l'action *spolii*, BRUNS, *Recht des Besitzes*, 74 et 127; JHERING, 129.

autres par le droit prétorien ou par les Empereurs. Au droit civil appartiennent les servitudes; au droit prétorien, l'hypothèque, la superficie, le droit du fermier d'un *ager vectigalis;* aux constitutions impériales, l'emphytéose. Chacun de ces droits répond à des besoins différents et confère des prérogatives distinctes.

Le plus ancien de tous, la servitude, peut être établi au profit d'un fonds ou d'une personne : dans le premier cas, la servitude est prédiale ou réelle ; dans le second, elle est personnelle. Les servitudes prédiales ont pour but de faciliter l'exploitation ou d'accroître la valeur d'un fonds (droits de passage ou de puisage, droits de vue). Les servitudes personnelles procurent à une personne des moyens d'existence, sa vie durant. Dans les deux cas, la propriété n'est pas déplacée : le titulaire de la servitude acquiert seulement le droit d'utiliser, dans une proportion plus ou moins large, la chose d'autrui.

La superficie, le droit du fermier d'un *ager vectigalis* et l'emphytéose se rapprochent du droit de propriété : ils sont établis à perpétuité ou à très long terme, mais le titulaire du droit est tenu de payer une redevance au propriétaire. Ces droits ont pour but de mettre en valeur des terrains dont le propriétaire n'est pas en mesure de tirer parti lui-même et qui resteraient improductifs. Enfin l'hypothèque a pour but de procurer à un propriétaire le crédit qui lui manque : elle lui facilite le moyen d'obtenir de l'argent sans être obligé de vendre sa chose.

Les droits réels prétoriens, ainsi que l'emphytéose, appartiennent à une période du droit plus récente. Ils different des droits réels civils sur plusieurs points essentiels : ils se forment sans solennité, par un simple pacte, comme l'hypothèque, ou par un contrat de louage, comme la superficie et le droit du fermier d'un *ager vectigalis.* Le caractère de droit réel n'y est pas pur de tout mélange : tantôt le titulaire du droit est obligé *ad faciendum* comme le superficiaire ou le fermier; tantôt, comme dans l'hypothèque, la chose sur laquelle porte le droit est affectée à la sûreté d'une créance *(obligatio rei).* — On ne s'occupera pas ici de l'hypothèque; on l'étudiera à propos des sûretés réelles (p. 664).

I. Notion générale des servitudes.

La servitude, comme son nom l'indique, est l'état d'une chose asservie : pour les choses, comme pour les personnes, il existe un état d'asservissement qu'on oppose à l'état de liberté. Le mot servitude exprime sous une forme un peu grossière la façon dont les Romains conçurent tout d'abord la distinction du droit et de son objet. Anciennement on considéra la servitude comme une chose corporelle; on l'identifia avec la partie du fonds sur laquelle elle s'exerçait (1).

L'ayant droit disait : le passage, l'eau est à moi. Le fonds sur lequel portait la servitude n'était plus *optimus maximus* (2) : il était moins

(1) Paul., *D.*, XLIV, 1, 17. La constitution d'une servitude prédiale est présentée comme une dation, non comme un fait. *Ibid.*, VIII, 3, 19.
(2) Proc., *D.*, L, 16, 126.

bon et moins grand; il ne procurait plus autant d'avantages, car une partie du fonds était affectée à l'usage du voisin (1). Certes le voisin n'avait pas un droit de propriété : il n'avait ni la faculté de jouir ni celle de disposer. Mais, sauf convention contraire (2), il avait l'usage exclusif de la chose dans la mesure des besoins de son fonds (3); il n'était pas dans l'indivision avec le propriétaire.

Cette conception devint insuffisante lorsqu'il y eut des servitudes qui ne s'exerçaient pas sur une partie déterminée du fonds, comme la servitude de jour. L'ayant droit ne pouvait prétendre que le jour était à lui : il dut se borner à dire qu'il avait un droit *(jus sibi esse)* et à en indiquer l'objet. Ainsi se forma la notion d'un *jus in re aliena,* et l'on distingua les *jura prædiorum rusticorum* et les *jura prædiorum urbanorum.* Dès lors, la servitude devint une chose incorporelle : elle porta sur le fonds tout entier et non sur une parcelle déterminée. Le fonds fut considéré comme asservi *(servus)*, par opposition au *fundus liber* qui n'était pas grevé de servitude (4). Le mot *servitus* fut, à la même époque, employé pour désigner la charge imposée au fonds (5).

Plus tard, on appliqua le mot *servitus* à une autre classe de droits sur la chose d'autrui, qui ont pour trait distinctif d'être établis au profit d'une personne, comme l'usufruit. Il y eut dès lors deux sortes de servitudes : les servitudes réelles ou prédiales, et les servitudes personnelles (6). Elles ont des caractères communs :

1° La servitude est un droit établi au profit d'une personne ou d'une chose. Elle doit conférer un avantage pécuniairement appréciable pour le fonds dominant ou pour le titulaire de la servitude personnelle (7). Elle est inséparable de la personne ou du fonds en faveur duquel elle a été constituée (8); elle s'éteint à la mort de l'usufruitier; elle suit le fonds dominant entre quelques mains qu'il se trouve. Sous Justinien, elle ne peut être affectée à l'usage d'une autre personne ou d'un autre fonds : *Servitus servitutis esse non potest* (9).

2° C'est un droit réel. Il est opposable à tout le monde, même au propriétaire de la chose. Mais ce droit, portant directement sur la chose, ne doit entraîner pour le propriétaire aucune obligation de faire.

(1) Cette idée se retrouve au IIe siècle : la constitution d'une servitude, dit S. Pedius (ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 5, 9), entraîne une *juris deminutio* du fonds servant et une extension du fonds dominant.

(2) Ulp., *D.*, VIII, 4, 13, 1; Claud., *C.*, III, 34, 6.

(3) La servitude doit être exercée *civiliter* : Cels., *D.*, VIII, 1, 9.

(4) Cic., *de leg. agr.*, III, 2, 9; *De or.*, I, 39, 178; Ofil., ap. Paul, *D.*, XXXIX, 3, 2, 10; Alf., *D.*, VIII. 5, 17, 1; VIII, 2, 33.

(5) Serv., ap. Paul, *D.*, VIII, 6, 7 : *Servitutem habere, perdere; Veteres*, ap. Mod., *D.*, XIX, 1, 39; *C. I. L.*, VI, 29784 : *Via... junctis debetur, ita ut hodie in usu est.*

(6) Marc., *D.*, VIII, 1, 1. D'après Longo *(Bull. dir. R.*, XI, 289), cette classification serait due aux compilateurs qui auraient interpolé les textes classiques.

(7) Pomp., *D.*, VIII, 2, 15 pr. : *Quotiens nihil vicinorum intersit, non valet, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur.*

(8) Paul, *D.*, X, 2, 15; Ulp., *D.*, VIII, 4, 12. Celsus (*D.*, L, 16, 86) considère les servitudes prédiales comme une qualité du fonds *ut bonitas, salubritas, amplitudo.*

(9) Paul, *D.*, XXXIII, 2, 1. Cette règle paraît due à une interpolation. Peut-être, comme l'a proposé Perozzi (*Bull. dir. R.*, VI, 1. Cf. Scialoja, *ibid.*, VI, 37), Paul avait-il écrit *fructus* au lieu de *servitus* et reproduit une règle citée par Julien (ap. Afr., *D.*, VIII, 3, 33, 1). En tout cas, cette règle n'a pas été rigoureusement observée.

Une servitude peut consister *in non faciendo,* ou *in patiendo,* jamais *in faciendo* (1); la servitude d'appui *(oneris ferendi)* fait seule exception (2).

3° C'est un droit sur la chose d'autrui. On ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *Nemini res sua servit* (3). Si le propriétaire du fonds servant acquiert la propriété du fonds dominant, ou réciproquement, la servitude s'éteint par confusion (4).

II. Servitudes prédiales.

§ 1er. Caractères propres. — 1° Les servitudes prédiales sont établies sur un fonds au profit d'un autre fonds. C'est une particularité de leur construction; tandis que la propriété établit un rapport direct entre une personne et une chose, la servitude prédiale suppose un rapport entre deux fonds : l'un est le *fonds dominant,* l'autre le *fonds servant.*

2° Les servitudes prédiales ne peuvent être établies que pour l'utilité et dans la mesure des besoins du fonds dominant.

a) Une servitude qui n'a qu'un but d'agrément personnel pour le propriétaire est nulle; une servitude qu'il ne peut personnellement utiliser n'en est pas moins valable (5). L'essentiel, c'est qu'elle profite au fonds, ou qu'elle le rende plus agréable (6).

b) L'étendue de la servitude est limitée aux besoins du fonds dominant (7) : celui qui a une servitude d'aqueduc ne peut prêter de l'eau à ses voisins (8). L'étendue de la servitude peut être restreinte par convention : le titulaire d'une servitude d'aqueduc n'aura le droit d'utiliser l'eau qu'à certaines heures du jour ou de la nuit, ou à certaines saisons (9).

Ces deux conditions sont autant de restrictions apportées à la liberté

(1) Ulp., *D.*, VIII, 5, 6, 2 : *Gallus putat non posse ita servitutem imponi ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet.*

(2) Le propriétaire du fonds servant doit entretenir en bon état le mur d'appui. (Serv., ap. Ulp., *eod.*) Il peut d'ailleurs se décharger de cette obligation par un délaissement, car il n'est tenu que *propter rem.* (Lab., *eod.*) Aquilius Gallus essaya vainement d'appliquer ici la règle générale : *a)* elle était contraire à l'usage; en constituant cette servitude, on avait soin de convenir : *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* (Paul, *D.*, VIII, 2, 33); *b)* elle était peu satisfaisante en pratique : il y aurait eu de graves inconvénients à laisser au propriétaire du fonds dominant le soin de réparer un mur qui était surtout utile au fonds servant. On l'oblige seulement à étayer sa construction pendant les réparations (Ulp., *l. c.*, 8 pr.). Cf. Elvers, *Die röm. Servitutenlehre*, 61. Karlowa, II, 524. *P. Münich*, 16, de la fin du vie siècle : acte de vente avec constitution d'une servitude *oneris ferendi*.

(3) Paul, *D.*, VIII, 2, 26.

(4) Cette conséquence et les précédentes ont été écartées dans quelques cas où elles auraient conduit à un résultat inique ou contraire à la volonté du constituant : obligation pour le légataire d'un fonds de rétablir une servitude éteinte par confusion au préjudice de l'héritier ; si le légataire refuse, l'héritier écartera la demande d'exécution du legs par une exception de dol (Pap., *D.*, VIII, 1, 18; Flor., *D.*, XXX, 116, 4). — Faculté de céder à un tiers l'usage d'une servitude (p. 326, 9). Cf. pour la servitude *oneris ferendi,* la note 2.

(5) Paul, *D.*, VIII, 5, 5; VIII, 1, 8 pr.; Lab., *eod.*, 19.

(6) Pomp., *D.*, XLIII, 20, 3 pr. : *Amœnitatis causa aqua duci potest.* Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 1; VIII, 2, 3 et 15; Jav., *eod.*, 12.

(7) Nerat., ap. Ulp., *D.*, VIII, 3, 5, 1.

(8) Proc., ap. Pomp., *eod.*, 24. Labéon était d'un avis différent.

(9) Serv., ap. Paul, *D.*, VIII, 6, 7. Cette convention était surtout usitée dans l'Attique (G. Perrot, *Revue des Deux Mondes*, 1892, CIX, 550). L'*aqua* est dite *cottidiana* lorsqu'on peut en user en tout temps : Ulp., *D.*, XLIII, 20, 1, 2-4.

des parties. Cette liberté, qui est la règle en matière de contrats, aurait présenté ici trop d'inconvénients : une servitude est une entrave à l'exercice du droit de propriété; elle peut devenir une source de conflits entre voisins. On a jugé utile de renfermer les servitudes dans d'étroites limites.

3° L'ancien droit fut à cet égard plus exigeant que le droit postérieur. Pour qu'une servitude prédiale fût valablement constituée, il fallait : *a*) que le fonds dominant et le fonds servant fussent contigus. Cette condition, qui a toujours été maintenue pour les servitudes rurales, a été abandonnée pour les servitudes urbaines (1); le fonds dominant et le fonds servant peuvent être séparés par un ou plusieurs fonds intermédiaires; *b*) que ni dans le présent ni dans l'avenir on ne pût prévoir l'extinction de la servitude. Conséquences :

Une servitude ne peut être établie à terme ou sous condition. Mais cette règle a été écartée dès le début de l'Empire (2) : on peut se prévaloir d'une modalité de ce genre par voie d'exception.

Une servitude doit avoir une *causa naturalis et perpetua*. Elle doit pouvoir s'exercer sans l'intervention du propriétaire du fonds servant (3) : une servitude de puisage ne peut être établie sur un étang ou sur une citerne; une servitude d'aqueduc ne peut l'être à un endroit quelconque d'un cours d'eau, mais seulement à sa source ou à la tête de son écoulement *(caput aquæ)*. La pratique trouva cette règle trop étroite : un rescrit invita le Préteur à protéger, comme une servitude, la permission accordée à une personne ou au possesseur d'un fonds de se servir de l'eau puisée dans un fleuve au moyen d'une roue ou recueillie dans un château d'eau (p. 351).

D'une manière générale, le droit classique a tempéré la rigueur des principes en tenant compte de l'intention des parties : il a permis de limiter l'usage d'une servitude prédiale à la vie d'une personne (4), de transformer une servitude rurale en servitude urbaine et réciproquement (5), de donner le caractère de servitude à des droits qui se justifient par un état particulier des lieux, ou qui complètent l'avantage résultant d'une autre servitude (6).

4° Les servitudes prédiales sont indivisibles : elles ne peuvent être ni acquises ni imposées pour partie (7). *a*) Si le fonds appartient par indivis à plusieurs, il faut le concours de tous pour que la servitude soit valablement constituée (8). *b*) Une fois constituée, la servitude se

(1) PAUL, *D.*, VIII, 3, 7, 1; VIII, 2, 39; VIII, 5, 5; ULP., *eod.*, 4, 8; 6 pr.
(2) SAB., CASS., ap. PAP., *D.*, VIII, 1, 4 pr. Cf. RICCOBONO, *TRG.*, III, 133.
(3) PAUL, *D.*, VIII, 2, 28; ULP., *D.*, XLIII, 20, 1, 7 et 8.
(4) JUL., *D.*, XLV, 1, 56, 4; PAP., *D.*, VIII, 3, 4; PAUL, *eod.*, 37. Dans les provinces où l'eau se vend, comme en Afrique, en Egypte, le legs d'aliments comprend le droit de puiser de l'eau dans une citerne : ce n'est pas une servitude. ULP., *D*, XXXIV, 1, 1; 14. 3.
(5) JUL., *D.*, VIII, 4, 14; ULP., *D.*, VI, 2, 11, 1.
(6) ULP., *D.*, VIII, 3, 3, 1-2. PAUL, *eod.*, 6, 1.
(7) Règle de jurisprudence : *D.*, VIII, 3, 32 : *Dici solet;* VIII, 1, 10 : *Vulgo traditur*. Conséquence : PAP., *D.*, XXXI, 76 pr.
(8) On exigea d'abord la coopération simultanée de tous les copropriétaires (PAUL, *D.*, VIII, 4, 18), mais sous l'influence de Celsus, on leur permit d'agir successivement : la servitude était constituée le jour où le dernier d'entre eux avait donné son

conserve, alors même que le propriétaire du fonds dominant deviendrait pour partie propriétaire du fonds servant (1). *c)* Tout acte d'exercice de la servitude, si limité qu'il soit, est un acte d'exercice de la servitude tout entière (2). *d)* Si le fonds dominant est divisé, chacune des parties du fonds a droit à la servitude. Réciproquement, si le fonds servant est divisé, chaque partie du fonds est grevée de la servitude (p. 254).

§ 2. **Division des servitudes prédiales.** — 1. SERVITUDES RURALES, SERVITUDES URBAINES. — Les servitudes prédiales sont de deux sortes : rurales ou urbaines. On les distingue d'après la nature du fonds dominant : toute servitude établie au profit d'un fonds non bâti est rurale; toute servitude établie au profit d'une construction est urbaine. Cette distinction, fondée sur la dénomination donnée aux servitudes *(jura prædiorum rusticorum* ou *urbanorum)*, ne concorde pas entièrement avec la classification contenue dans les textes. D'après Ulpien, sont rurales les servitudes de passage, d'aqueduc, de puisage, de pacage (3); d'après Gaius, sont urbaines les servitudes *altius tollendi, stillicidium avertendi* et autres semblables (4). Mais cette classification, fondée sur ce qui a lieu le plus ordinairement, n'a rien de rigoureux : on est libre de donner à une servitude de passage, d'aqueduc ou de puisage le caractère d'une servitude urbaine en l'établissant au profit d'une maison (5), et réciproquement le caractère d'une servitude rurale à un droit *altius tollendi* (6).

2. INTÉRÊT PRATIQUE DE CETTE DIVISION. — *a)* Les servitudes rurales sont *mancipi;* les servitudes urbaines, *nec mancipi; b)* les servitudes rurales peuvent être constituées par mancipation; les servitudes urbaines ne peuvent, au moins directement, être établies de cette manière; *c)* les servitudes urbaines s'éteignent par la destruction de l'édifice auquel elles sont attachées; *d)* les servitudes rurales s'éteignent par le non-usage; pour les servitudes urbaines, il faut l'*usucapio libertatis; e)* certaines servitudes rurales sont susceptibles d'hypothèque. (p. 666, 6).

3. PRINCIPALES SERVITUDES PRÉDIALES. — L'ancien droit n'a d'abord reconnu que les quatre servitudes rurales (7), de puisage, d'aqueduc, de passage à pied *(iter)*, de passage à cheval ou en voiture *(actus)* (8). A la

assentiment. Dans l'intervalle, on pourrait dire qu'il n'y a rien de fait, mais ce serait un excès de logique *(subtilis ratio) :* les copropriétaires, qui ont déjà consenti à l'établissement de la servitude, ne peuvent s'opposer à son exercice (*D.*, VIII, 3, 11).

(1) PAUL, *D.*, VIII, 1, 8, 1.

(2) PAUL, *D.*, VIII, 6, 8, 1.

(3) *D.*, VIII, 3, 1 pr., 1. Cf. NERAT., ap. ULP., *eod*, 3 pr.

(4) *D.*, VIII, 2, 2.

(5) ULP, *D*, XLIII, 19, 1 pr., 1; VI, 2, 11, 1

(6) NERAT, *D.*, VIII, 3, 2 pr. Cf sur cette question, autrefois très discutée, MACHELARD, *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, 1868, p. 16.

(7) ULP., *D.*, VIII, 3, 1 pr. L'antiquité de ces servitudes ressort de plusieurs faits : 1° ce sont les seules que le Préteur ait protégées par des interdits spéciaux (CIC., *p. Caec*, 13). Lorsqu'on a créé de nouvelles servitudes, le Préteur les a protégées par des interdits utiles ou par l'interdit général *quod vi aut clam*; 2° la servitude d'aqueduc était citée dans les livres pontificaux (VIRG., *Georg*, I, 269) et dans les Douze Tables (PAUL, *D*, VIII, 3, 19).

(8) Sur la distinction des servitudes de passage, cf. ULP., *D.*, VIII, 3, 1 pr.; PAUL,

fin de la République, on y a joint la servitude d'abreuvage pour le bétail, la servitude *aquæ recipiendæ,* qui impose la charge de recevoir les eaux d'un fonds supérieur (1); sous l'Empire, la servitude de pacage, le droit de faire cuire de la chaux, de déposer des matériaux, de conserver les fruits d'un fonds dans la villa d'un voisin, d'extraire du sable ou de l'argile, de couper du bois dans une forêt pour étayer une vigne (2).

Après l'incendie de Rome par les Gaulois, en 364, apparaît une servitude d'une nouvelle espèce, établie en faveur des propriétés bâties : la servitude d'égout *(cloaca)* (3). Les servitudes qualifiées urbaines n'ont pas tardé à se multiplier. L'accroissement de la population, au cours du VIe siècle, avait décidé les propriétaires à tirer parti des terrains qu'ils avaient en ville, soit en construisant des maisons à plusieurs étages, soit en profitant de la tolérance des magistrats pour bâtir sur l'espace que la loi prescrivait de laisser libre autour des maisons *(ambitus).* Au lieu d'être séparées comme des îles, bien des maisons eurent des murs mitoyens (4). Ce fut la cause de la création des servitudes d'appui (5), de vue (6), d'écoulement des eaux pluviales (7), etc.

Parmi les servitudes prédiales, il en est trois qui ont fort embarrassé les interprètes : les servitudes *altius tollendi*, *luminibus officiendi*, *stillicidii non avertendi.* Il semble que le droit de bâtir à la hauteur que l'on veut, de gêner la vue du voisin, de ne pas recevoir l'eau de ses gouttières, constitue l'exercice normal de la propriété (8). Mais la propriété comporte une restriction qui est susceptible de disparaître par l'acquisition d'une servitude sur le fonds voisin : celui qui bâtit (9)

eod., 7 pr.; MOD., 12. Pour la servitude de puisage, certains y voyaient une servitude personnelle: POMP., *eod.*, 20, 3.

(1) TREB., ap. ULP., *D.*, XLIII, 20, 1, 18. OFIL., ap. PAUL, *D.*, XXXIX, 3, 2, 10.

(2) ULP., *D.*, VIII, 3, 3 pr.; 5, 1; 3, 1-7; 1, 1; PAUL, 6, 1.

(3) ULP., *D.*, XLIII, 23, 1 pr. On rebâtit la ville avec tant de précipitation qu'on n'observa aucun alignement; l'égout collecteur, construit sous la voie publique primitive, fut, en certains endroits, recouvert de maisons (LIV., V, 55). De là pour les voisins un obstacle à l'écoulement des eaux et la nécessité d'obtenir le droit de faire passer un conduit dans les maisons bâties au-dessus de l'égout public.

(4) PLAUT., *Mil.*, II, 1, 64.

(5) *Jus oneris ferendi*, *tigni immittendi* (JAV., *D.*, VIII, 5, 12; POMP., *D.*, VIII, 2, 25 pr., 27 pr.), *protegendi* ou *projiciendi*, droit d'avoir une toiture ou un balcon qui avance sur la propriété voisine (P. MUC., ap. CIC., *Top.*, 4; PROC., ap. ULP., *D.*, IX, 2, 29, 1; GAIUS, *D.*, VIII, 2, 2. LAB., *D.*, L, 16, 242, 1. FEST., v° *Mænianum*; NON., *eod. v°*). Cf. G. LAFAYE, *Dict. Antiq.*, III, 1493.

(6) PLAUT., *Most.*, III, 1, 112; CIC., *de or.*, I, 39; *de har.*, 25; VITRUV., I, 1, 10. Sous l'Empire, cette servitude comprend plusieurs variétés : 1° *Altius non tollendi*, qui assure au fonds dominant tout entier le jour, l'air nécessaires et même la vue sur le fonds voisin (*D.*, VIII, 2, 2; 6; 12; 21; 32); 2° *Ne luminibus officiatur*, qui ne protège que les jours existant ou à établir dans le fonds dominant (*eod.*, 4; 6; 15; 17, 1; 23 pr.); 3° *ne prospectui officiatur*, qui assure la vue libre sur le fonds voisin, de manière à rendre le fonds dominant plus agréable (*eod.*, 3; 15; 16); 4° *Luminis immittendi* (*eod.*, 40), qui confère le droit de pratiquer une ouverture dans un mur mitoyen pour prendre du jour chez le voisin; 5° la servitude *luminum* (*eod.*, 4), qui se confond peut-être avec la précédente. Cf. KARLOWA, II, 529.

(7) Droit d'écoulement goutte à goutte *(jus stillicidii)* ou par un conduit *(jus fluminis)* : VARR., *L. l.*, V, 5, 27.

(8) C'est ainsi que le *jus altius tollendi* est considéré dans DIOCL., *C.*, III, 34, 8 et 9; spécialement dans le cas où un fonds grevé de la servitude *altius non tollendi* recouvre sa liberté : PAUL, *D.*, XLI, 3, 4, 29; MARCEL., *D.*, VIII, 2, 10.

(9) Sur son propre terrain : c'est le cas prévu par PAUL, *D.*, VIII, 2, 1, lorsqu'il dit que la servitude *altius tollendi* peut être établie entre deux fonds séparés par la voie publique; NERAT., *D.*, VIII, 3, 2 pr., lorsqu'il considère comme une ser-

est tenu d'observer, à l'égard des voisins, la forme et l'état des anciennes constructions (1). Toute modification est considérée comme une prétention à une servitude et donne lieu à une action négatoire; mais le constructeur peut obtenir de son voisin, à titre onéreux, le *jus altius tollendi* (2). A défaut de convention, l'usage prolongé, s'il n'est entaché d'aucun vice, équivaut à l'établissement de la servitude (3). Au Bas-Empire, Zénon confirma la règle antique, mais avec une double atténuation : s'il y a entre les constructions un intervalle de 12 pieds, on peut bâtir aussi haut que l'on veut et ouvrir des jours ou vues droites; si la distance n'est que de 10 pieds, on peut ouvrir des jours à 6 pieds au-dessus du sol, mais non des vues droites (4).

Le *jus altius tollendi* avait, à l'époque classique, une autre application que Gaius fait connaître et dont il reste quelques traces au Digeste. C'est une servitude active qui confère le droit d'élever une construction, non plus sur le fonds dominant, mais sur le mur ou sur la maison d'autrui. On peut y établir un portique, une colonnade, un balcon, un appartement *(conclave)*. (5). C'est une variété de la servitude *oneris ferendi* (6). Gaius rapproche ce *jus altius tollendi* des servitudes de passage et d'aqueduc : il se constitue de la même manière; il peut exister sur les fonds provinciaux comme sur les fonds italiques (7). Cette application du *jus altius tollendi* a disparu sous Justinien (8) : on l'a fait rentrer dans la catégorie du droit de superficie.

III. Servitudes personnelles.

Les servitudes personnelles sont au nombre de quatre : la principale est l'usufruit; les autres sont l'usage, l'habitation, les services d'un

vitude rurale *licere altius tollere et officere prætorio vicini;* Gaius, *D.*, VIII, 2, 2, lorsqu'il parle de la servitude urbaine *altius tollendi et officiendi luminibus vicini*. Ce droit a pour effet de rendre obscure la maison du voisin (Ulp., *eod.*, 9).

(1) Ulp., *eod.*, 11 pr. : *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam et statum antiquorum ædificiorum custodire debere.* Carac., *C.*, III, 34, 1 : *Qui ædificium contra veterem formam extruxit* Cette règle existait en Italie et dans les provinces : le texte d'Ulpien est extrait de son livre sur l'office du consul (cf. une inscription de Pompéi de l'an 744 : *CIL.*, I, 1252); celui de Gaius, du livre 7 *ad ed. prov.* — D'après certains auteurs (Girard, 360, 6), les trois servitudes s'appliqueraient dans les cités où il existerait des règlements locaux sur les constructions. S'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas que les jurisconsultes les rapprochent des servitudes *altius non tollendi*, etc., qui ont une portée générale. D'ailleurs les règlements municipaux qu'on invoque ne sont qu'une hypothèse : cf. Voigt, I, 742; Karlowa, II, 530.

(2) Nerat., *D.*, VIII, 3, 2, où la formule *licere altius tollere et officere prætorio vicini* est empruntée à un contrat de vente, comme le montre Jul., *D.*, VIII, 5, 16 : *Si a te emero, ut mihi liceat ex ædibus meis in ædes tuas stillicidium immittere.* En général, on fixe la hauteur maximum; à défaut de convention, on peut, en cas de contestation, s'adresser à un arbitre. Ulp., *D.*, VIII, 2, 11, 1.

(3) Carac., *loc. cit.*

(4) *C.*, VIII, 10, 12, 1-4. Cf. C. civ. 677-679.

(5) Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 1. Paul., *D.*, VIII, 2, 20 pr. Nerat., *D.*, XXXIX, 2, 47.

(6) Ner., *loc. cit.*: *Servitus oneris porticus .. superpositæ*

(7) Gaius, II, 31. M. Buonamici a signalé cette application du *jus altius tollendi* qu'on avait jusqu'ici négligée (*Del vero significato e della istoria della servitus altius tollendi*, 1913).

(8) Aux Institutes, II, 3, 1, on a supprimé la mention du *jus altius tollendi* qui figurait dans le passage correspondant de Gaius. Il n'en est pas question au Code. Au Digeste, il en reste quelques vestiges dans les textes précités

animal ou d'un esclave. Elles appartiennent à une période de formation du droit plus récente que les servitudes prédiales. L'idée d'un droit, attaché à une personne déterminée, limité à la vie d'un individu, est incompatible avec l'organisation primitive de la propriété et de la famille. Anciennement, l'usage et la jouissance des biens patrimoniaux étaient affectés aux besoins de la famille; les groupes seuls représentés par leurs chefs avaient des droits. Il en fut autrement lorsque le régime de la propriété individuelle se substitua à celui de la propriété familiale, lorsque les mariages *sine manu* et les affranchissements se multiplièrent. Il y eut alors un nombre croissant d'individus qui, à la mort du chef de famille, se seraient trouvés dans une situation précaire; le mari, le patron avaient le devoir de leur assurer des moyens de subsistance. Le mari léguait à sa femme, le patron à son affranchi l'usufruit de ses biens ou d'un objet particulier. Il pouvait aussi se contenter de léguer l'usage, l'habitation, les services d'un esclave.

Les servitudes personnelles sont ordinairement établies par acte de dernière volonté; il est très rare qu'on ait intérêt à les constituer entre vifs; un propriétaire se résignera difficilement à se priver de la jouissance de sa chose en s'en réservant la nue propriété pour une époque indéterminée.

Les servitudes personnelles présentent deux caractères distinctifs; elles sont temporaires et inaliénables :

1° Temporaires, elles s'éteignent à l'arrivée du terme fixé et toujours à la mort de l'ayant droit (1). En cela, elles diffèrent des servitudes prédiales, qui sont perpétuelles comme le fonds auquel elles sont attachées. Grâce à son caractère temporaire, le legs d'une servitude personnelle permet de réserver pour l'avenir les droits de la famille (2).

2° Les servitudes personnelles sont inaliénables. On n'a pas voulu qu'en les transférant d'une personne à une autre, l'entrée en jouissance du nu propriétaire fût indéfiniment retardée.

L'usufruit apparaît aux derniers siècles de la République (3). Il présente deux particularités qui, pendant longtemps, empêchèrent de le comprendre dans la notion de servitude : *a*) Essentiellement temporaire et viager, il ne grève pas assez étroitement la chose qui en est l'objet pour qu'on puisse dire qu'elle est asservie. La servitude éveille l'idée d'un état permanent dont on n'a pas à prévoir la fin. — *b*) L'usufruit porte, non seulement sur les immeubles, mais

(1) Une atténuation a été admise par interprétation de la volonté du constituant : si un légataire d'usufruit a été chargé par fidéicommis de laisser jouir un tiers, l'usufruit sera, *jure prætorio*, réputé constitué sur la tête de ce tiers et s'éteindra à son décès. (Gaius, *D.*, XXXIII, 2, 29. Cf. Ulp., *D.*, VII, 9, 9 pr.) Marcellus (ap. Ulp., *D.*, VII, 4, 29, 2) donne au fidéicommissaire une action utile *suo nomine*.

(2) Ulpien (*D.*, VII, 4, 5 pr.) permet de retarder le retour de l'usufruit au nu propriétaire jusqu'à la mort des héritiers du légataire. C'est une atténuation de la règle de l'intransmissibilité de l'usufruit.

(3) Il existait à la fin du VI[e] siècle : P. Scævola, Manilius et Brutus discutent la question de savoir si la part d'une *ancilla* appartient à l'usufruitier. Cic., *De fin.*, I, 4, 12; Ulp., *D.*, VII, 1, 68 pr. Cf. Karlowa, II, 533.

aussi sur des objets mobiliers, animaux ou esclaves (1). Il peut aussi porter sur tous les biens d'une personne (2).

Malgré ces différences, il existe entre les servitudes et l'usufruit un trait commun qui détermina les jurisconsultes du IIe siècle à traiter l'usufruit comme une servitude (3) : c'est un *jus in corpore*. Il permet au titulaire de retirer de la chose d'autrui une partie de son utilité; il exige pour son exercice la détention de la chose. Il s'acquiert et il s'éteint comme les servitudes prédiales, il est sanctionné d'une manière analogue.

Si l'usufruit et les servitudes prédiales permettent de retirer de la chose d'autrui une partie de son utilité, il ne faut pas en conclure que la servitude soit un démembrement de la propriété (4) : elle est seulement dépréciée au point de vue économique dans une proportion plus ou moins forte, suivant qu'il s'agit d'un usufruit ou d'une servitude prédiale. Mais cette dépréciation n'affecte pas le droit qui porte toujours sur la chose tout entière. Le propriétaire continuera à en user et à en disposer comme bon lui semble, en tant qu'il respectera le droit du titulaire de la servitude. L'existence d'une servitude restreint le droit de propriété dans son exercice : le jour où la servitude s'éteint, la propriété redevient libre de plein droit.

§ 1er. **Usufruit.** — L'usufruit est une servitude personnelle qui confère le droit de jouir et d'user d'une chose corporelle appartenant à autrui, sans porter atteinte à sa substance. C'est un droit divisible, car il porte ordinairement sur des fruits. Un propriétaire peut léguer l'usufruit d'une quote-part de ses biens; il peut aussi léguer à plusieurs l'usufruit de tous ses biens (5). L'usufruit ne peut avoir pour objet des choses qui se consomment par le premier usage : on ne peut jouir de ces choses sans en détruire la substance.

(1) Cic., *Top.*, IV, 21; Gaius, *D.*, VII, 1, 3, 1; Ulp., *eod.*, 7 pr.

(2) Cic., *Top.*, III, 17; Pomp., *D.*, XXXV, 2, 69; Venul., *D.*, XXXIII, 2, 43. Au temps de ces jurisconsultes, cet usufruit s'appliquait même aux créances; mais le nu propriétaire était autorisé à déduire les dettes.

(3) Pomp., *D.*, XXXIV, 3, 8, 3 : *Personalis servitus*; VIII, 1, 15 pr. : *Hominum servitutes*. Cels., *D.*, VII, 1, 2. Il est difficile de croire avec Longo (*Bull. dir. R.*, XI, 281) que ces textes et beaucoup d'autres qui expriment la même idée aient été interpolés. Si l'usufruit, de même que les servitudes prédiales, a été d'abord considéré comme *pars dominii* (Jul., *D.*, XLV, 1, 58; Gaius, *D.*, XXI, 2, 49), cette conception que Gaius hésitait à admettre (*D.*, XLVI, 1, 70, 2) a été écartée. Cf. Costa, *Storia*, 272.

(4) *Fructus*, dit Papinien (*D.*, XXXI, 76, 2), *portionis instar obtinet*. Mais ailleurs, il fait remarquer que l'usufruit *in jure, non in parte consistit* (*eod.* 66, 6) et il précise sa pensée en disant que l'usufruit n'est pas en réalité une *pars rei*, mais que, dans certains cas, il est traité comme tel : 1° pour fixer le montant du *vadimonium* en cas de procès sur la propriété, on déduit la valeur de l'usufruit (Paul, *D.*, VII, 1, 4); 2° lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut opposer l'exception *rei judicatæ* en cas d'acquisition d'une part nouvelle d'usufruit. La chose jugée contre un légataire d'usufruit n'est pas réputée jugée pour la part qu'il acquiert plus tard par voie d'accroissement (Jul., ap. Pap., *h. t.*, 33, 1); 3° lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit rétablir un usufruit éteint par confusion au préjudice de l'héritier alors que le fonds soumis à l'usufruit a été légué sous condition. Papinien estime que l'usufruit entraîne une dépréciation trop importante de la propriété pour qu'on présume que le testateur ait entendu léguer une nue propriété. Cf. Cujas, IV, 10, 21. Mais l'usufruit n'est plus considéré comme une partie distincte de la propriété lorsqu'on recherche si un nu propriétaire commet une *plus petitio* en affirmant que la chose grevée d'usufruit est à lui (Paul, *D.*, L, 16, 25. Cf. Gaius, IV, 53 a.)

(5) Pap., *h. t.*, [*D.*, VII, 1], 5; Ulp., *D.*, VII, 2, 1 pr.

L'usufruit n'a pas été restreint aux choses susceptibles de fournir des moyens de subsistance : on l'a étendu à des objets de pur agrément, comme une statue, un tableau, à des fonds de terre dont l'entretien est supérieur aux revenus (1). On a voulu permettre au testateur de laisser au légataire d'usufruit non seulement une sorte de pension alimentaire, mais aussi la jouissance des biens auxquels il était habitué suivant son rang social.

1. Droits de l'usufruitier. — L'usufruitier a le droit de jouir et d'user de la chose d'autrui. Tant que dure l'usufruit, le propriétaire n'a qu'une propriété nue *(inutilis)* (2).

1° Le droit de l'usufruitier s'étend à tous les fruits (3). Il comprend le croît des animaux, le produit des mines et carrières, de la chasse et de la pêche (4). Rigoureusement, ce droit aurait dû être restreint aux besoins de l'usufruitier; mais cette restriction aurait donné lieu en pratique à des difficultés. On a laissé au constituant le soin de déterminer ce qu'il juge utile à l'usufruitier, en lui conférant un droit sur une portion plus ou moins étendue de son patrimoine.

L'usufruitier est libre de disposer des fruits comme il l'entend : il peut les vendre. Il peut aussi céder l'exercice de son droit à titre onéreux *(locare)* ou à titre gratuit *(vendere nummo uno)* (5), mais le droit reste fixé sur sa tête et s'éteint à sa mort ou à sa *capitis deminutio*.

L'usufruitier n'acquiert pas les fruits comme le propriétaire, par cela seul qu'ils sont détachés : il doit faire un acte de prise de possession. D'après une règle que Julien a fait prévaloir (6), il acquiert les fruits par la perception. La perception résulte ici d'un acte unilatéral, indépendant de la volonté du nu propriétaire. C'est une occupation (7).

L'usufruitier doit prendre possession des fruits soit par lui-même, soit par une personne en sa puissance ou agissant en son lieu et place (mercenaire, locataire, acheteur, donataire) (8), sinon les fruits sont au nu propriétaire. L'acquisition est donc aléatoire : *a*) si l'usufruit s'éteint à la veille de la récolte, l'usufruitier n'a aucun droit aux fruits (9), alors même qu'il a fait tous les frais de semence et de culture. A l'inverse, si l'usufruit s'ouvre au moment de la récolte, les

(1) Marc., *h. t.*, 41 pr., 1 ; Ulp., *h. t.*, 13, 4.

(2) Gaius, *h. t.*, 3, 2. L'usufruitier a l'*emolumentum rei.* (Pap., *D.*, XXXI, 66, 6.) C'est en raison de la dépréciation subie par la propriété que l'on dit *deducere, abscedere usumfructum* (Paul., *h. t.*, 46 pr. ; Jul., *D.*, VII, 2, 1, 4 ; 5 ; Cels., ap. Ulp., *eod.*, 3, 1) ; et aussi *revertitur, redit ad proprietatem*, lorsque l'usufruit s'éteint.

(3) *Quidquid in fundo nascitur :* Ulp., *h. t.*, 9 pr. ; 7, 1 ; Paul, *h. t.*, 59, 1.

(4) Sab., Cass., ap. Ulp., *h. t.*, 68, 1 ; 9, 1, 2 et 5.

(5) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 12, 2 ; *D.*, XXIII, 3, 66.

(6) Ap. Ulp., *h. t.*, 12, 5. Gaius, *D.*, XXII, 1, 28 pr. assimile l'usufruitier au possesseur de bonne foi. La doctrine de Julien tient mieux compte du but originaire de l'usufruit; elle ne sacrifie les droits du propriétaire que dans la mesure strictement nécessaire : la prise de possession rend seule manifeste le besoin de l'usufruitier.

(7) La décision contraire aurait laissé l'usufruitier à la merci du nu propriétaire qui aurait pu, par un changement de volonté, le priver de son droit aux fruits. Cf. Ulp., *D.*, XXXIX, 5, 6 : *si me pœnituerit.*

(8) L'usufruitier a le droit de percevoir les fruits avant qu'ils soient mûrs. Paul, *h. t.*, 48, 1. Mais, en l'exerçant, il n'agit pas en bon père de famille.

(9) Lab., ap. Paul, *D.*, VII, 4, 13 distingue les épis coupés *(stipula)* et les épis sur pied *(spica)*.

fruits sont pour lui, sans compensation pour le nu propriétaire. *b*) Les fruits qui sont tombés d'eux-mêmes sont au nu propriétaire (1). Il en est de même de ceux qui ont été volés; le nu propriétaire a seul qualité pour les réclamer au voleur (2).

La règle sur l'acquisition des fruits par la perception s'applique aux fruits industriels aussi bien qu'aux fruits naturels; il n'existe pas de règle spéciale pour les fruits civils (3). Seul, l'usufruit d'un troupeau ou d'un bois est régi par des dispositions particulières :

L'usufruitier d'un troupeau est tenu de combler à l'aide du croît les vides qui se produisent (4). La propriété des petits des animaux reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache si l'usufruitier les fera servir à compléter le troupeau (5).

L'usufruitier d'un bois ne peut couper les arbres qu'aux époques et dans la mesure fixées par l'usage (6). Dans l'intervalle, il peut simplement couper des échalas et des branches d'arbres pour les vignes, ou même des arbres pour la réfection des bâtiments (7). Il peut aussi s'approprier les arbres arrachés ou abattus par le vent, mais seulement pour son usage personnel et pour celui des bâtiments servant à l'exploitation, et à défaut d'autre bois (C. civ. 593).

2° Le second droit de l'usufruitier, c'est l'*usus*. Anciennement, l'*usus* était le fait de se servir d'une chose conformément à sa destination. En ce sens, l'*usus* était le complément indispensable du *fructus* : sans lui, l'usufruitier n'aurait pas été en état de percevoir les fruits (8). Ici, ce fait est transformé en un droit : il comprend toute manière d'utiliser la chose qui ne rentre pas dans le *fructus* et qui ne porte pas atteinte à sa substance.

(1) Paul, *eod.*, distingue *olea excussa* et *olea quæ per se deciderit*.
(2) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 12, 5.
(3) Les textes qu'on a invoqués en sens contraire ne sont pas probants. Un usufruitier a affermé un fonds pour 5 ans : s'il meurt au cours du bail, son héritier a, dit Marcellus (*D.*, XIX, 2, 9, 1), le droit de réclamer au fermier le loyer au prorata de la durée du bail. C'est l'application des règles sur le louage : le loyer est dû en raison de la jouissance; il n'y a rien à en conclure quant à la répartition des fruits entre l'usufruitier et le nu propriétaire. De même Scævola (*h. t.* 58 pr.) refuse au nu propriétaire toute action contre le colon qui a traité avec l'usufruitier; c'est l'application de la règle d'après laquelle les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. L'héritier de l'usufruitier pourra donc réclamer l'intégralité du fermage de l'année courante bien que l'échéance soit postérieure à l'extinction de l'usufruit; il suffit que les fruits aient été perçus auparavant. Tels sont les textes sur lesquels nos anciens auteurs avaient fondé la distinction entre les baux à ferme et les baux à loyer, distinction proscrite par C. civ. 586. — On a également invoqué Paul, *h. t.*, 26 : si un esclave soumis à un droit d'usufruit loue ses services et que l'usufruit s'éteigne avant la fin du louage, le propriétaire a droit à la *merces* pour le temps qui reste à courir. Ce texte serait décisif si le louage avait été conclu par l'usufruitier; mais il l'a été par l'esclave qui est réputé acquérir pour le compte de qui il appartiendra.
(4) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 70, 5. Cf. C. civ. 616.
(5) *Ibid.*, 70, 1. Sur deux points, il y eut des doutes et des divergences : 1° si, lors de la naissance des petits il n'y a pas de vide, l'usufruitier doit-il en réserver un certain nombre en prévision de l'avenir? Ulpien ne le pense pas (*ibid.*, 70, 4) : l'usufruitier n'est pas forcé de constituer un fonds de réserve, mais c'est à ses risques et périls; 2° Pomponius n'admet pas que la propriété du croît soit en suspens jusqu'à la *summissio* (p. 257, 2).
(6) Treb., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 7; Paul, *h. t.*, 48, 1. Cf. C. civ. 590-592.
(7) Pomp., *h. t.*, 10 : *Dum ne fundum deteriorem faciat.* Paul, 11. Ulp., 12 pr.
(8) Ulp., *D.*, VII, 8, 14, 1 : *Fructus sine usu esse non potest.*

L'usufruitier ne peut ni détériorer la chose ni en changer la destination, par exemple transformer une propriété d'agrément en une propriété de rapport. Mais il a toute latitude pour faire des améliorations, par exemple ouvrir une mine ou une carrière, pourvu que ce ne soit pas dans une partie du fonds affectée à la culture (1).

2. Rapports du nu propriétaire et de l'usufruitier. — Le nu propriétaire et l'usufruitier, étant chacun titulaire d'un droit réel, sont en principe indépendants l'un de l'autre. Ils ont simplement, comme des étrangers, le devoir de respecter le droit d'autrui.

Le nu propriétaire ne peut, sans l'assentiment de l'usufruitier, bâtir sur un terrain nu, ni élever la hauteur d'une construction déjà existante (2); mais il conserve le droit de vendre la chose, de l'hypothéquer, sous la réserve du droit de l'usufruitier (3). Il garde la possession et, en qualité de possesseur, il est autorisé à se défendre contre les empiétements des voisins : il exerce les interdits possessoires contre quiconque trouble sa possession, serait-ce même l'usufruitier (4).

De son côté, l'usufruitier doit respecter le droit du nu propriétaire : s'il détériore la chose, il est passible de l'action de la loi Aquilia, ou de l'interdit *quod vi aut clam* (5).

Mais, en droit strict, l'usufruitier n'est pas responsable de ses négligences : il peut impunément laisser les terres en friche, les vignes et les aqueducs à l'abandon. En fait, étant donné la qualité des personnes à qui l'usufruit était ordinairement laissé, on pouvait supposer qu'elles se conformeraient à l'usage des honnêtes gens et considéreraient comme un devoir de jouir en bon père de famille.

3. *Cautio usufructuaria*. — Le Préteur donna à ce devoir l'efficacité qui lui faisait défaut, mais seulement dans le cas où l'usufruit était constitué par testament : il imposa au légataire d'usufruit l'obligation de promettre sous caution *(satisdare)* d'user et de jouir en bon père de famille. A défaut de satisdation, le Préteur refuse au légataire une action pour se faire délivrer son legs.

Dans tout autre cas, c'était au constituant à veiller à ses intérêts; il devait avoir soin d'exiger la *cautio usufructuaria*. S'il ne l'avait pas fait, il avait la ressource de provoquer la nomination d'un arbitre (6). En pratique, le constituant devait rarement oublier d'exiger la satisdation ; aussi est-il probable qu'on a simplement consacré un usage déjà établi, lorsqu'au IIe siècle on a imposé à tous les usufruitiers la *cautio usufructuaria* (7).

Cette *cautio* comprend un double engagement. L'usufruitier promet :

(1) Ulp., *h. t.*, 13, 4 et 8; 15, 1; 13, 5; Nerva, *h. t.*, 13, 7.

(2) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 1.

(3) Sev., Car., *C.*, III, 33, 2. Il ne peut, même avec le consentement de l'usufruitier, constituer une servitude, à moins qu'elle ne porte pas atteinte à la jouissance de l'usufruitier. Ulp., *h. t.*, 15, 7; Paul, 16.

(4) Ulp., *h. t.*, 15, 6; Pomp., *D.*, VII, 8, 16, 1.

(5) Jul., *h. t.*, 13, 2. Si l'usufruitier a mis à la torture un esclave, il peut être tenu de l'action *servi corrupti* ou de l'action d'injures (Paul, *h. t.*, 66).

(6) L'usage d'un arbitrage en cette matière est attesté par le texte de l'édit : le légataire promet *usurum se boni viri arbitratu*. Ulp., *D.*, VII, 9, 1 pr.

(7) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 13 pr. Cf. C. civ. 601.

a) de se servir de la chose en se conformant à l'usage des honnêtes gens. Il répond des fautes commises par les personnes qu'il emploie (1). Il doit remplacer les arbres morts, rajeunir les plants de vignes, cultiver les terres, entretenir les aqueducs, réparer les constructions et les toitures, à moins qu'elles ne tombent par vétusté (2). Il est également tenu des impôts et des autres prestations publiques ou privées (3) ; *b*) de restituer à la fin de l'usufruit la chose avec ses accessoires (4). S'il a fait des dépenses qui incombent au propriétaire, il a le droit de s'en faire tenir compte. A l'inverse, le nu propriétaire peut lui réclamer par l'action de gestion d'affaires le prix des réparations d'entretien qu'il a faites en son absence (5).

Si l'usufruitier a reçu tradition de la chose et refuse de fournir caution, l'héritier est autorisé à revendiquer l'objet livré (6). La promesse faite par l'usufruitier ne peut être invoquée que par l'héritier et ses ayants cause à titre universel : en cas de vente de la nue propriété, l'acquéreur doit exiger une nouvelle satisdation (7). La disposition de l'Edit est impérative : le constituant ne peut, par testament, dispenser le légataire de fournir caution (8).

4. Diversité dans la construction doctrinale de l'usufruit. — La construction doctrinale qui vient d'être décrite n'est pas la seule que connaisse le droit romain. Elle ne répondait pas à tous les besoins. C'est le mérite des classiques d'avoir su, par la richesse de leurs conceptions, concilier la théorie et la pratique. Le développement que la théorie de l'usufruit a reçu, sous l'Empire, en est un excellent exemple. En voici les phases principales :

a) L'usufruitier d'un esclave a le droit d'acquérir en vertu des actes juridiques conclus par l'esclave. C'est une innovation d'une grande portée, car l'esclave est considéré comme une personne et non comme une chose. C'est aussi une déviation de la notion de servitude : l'usufruitier a droit aux services de l'esclave (9); or, la conclusion d'un acte juridique ne rentre pas dans les *operæ*. L'usufruitier a un *jus in re* : on lui attribue ici un pouvoir sur un être humain capable de conclure un acte juridique. L'usufruitier gagne les fruits par la perception : ici il profite des actes juridiques conclus par l'esclave, sans que sa coopération soit nécessaire, et même à son insu (10). Bref, au lieu de s'attacher

(1) Ulp., *loc. cit.*; Paul., *Sent.*, III, 6, 27 : *Omnia se usurum ac si optimus pater familias uteretur*. Pomp., *h. t.*, 65 pr.

(2) Paul., *h. t.*, 18; Ulp., 13, 2; 9 pr.; 7, 2. Le nu propriétaire n'est pas tenu de reconstruire la maison qui s'est écroulée (Cic., *Top.*, III, 17).

(3) Cels., *h. t.*, 7, 2. Cf. C. civ. 608.

(4) Ulp., *D.*, VII, 9, 1 pr.

(5) Gord., *C.*, III, 33, 7; Paul., *h. t.*, 48 pr.

(6) Proc., ap. Ulp., *D.*, VII, 9, 7 pr. Ulpien pense que l'héritier peut aussi exercer une *condictio* pour obtenir satisfaction. Cf. p. 535, 4.

(7) Ulp., *D.*, VII, 9, 3, 4.

(8) Jul., *D.*, XXXVI, 4, 6 pr.; Alex., *C.*, VI, 54, 7. V. cep. C. civ. 601.

(9) Anciennement on ne fit pas la distinction entre l'usufruit d'un esclave et celui d'un animal (Gaius, *h. t.*, 3, 1; VII, 7, 3.

(10) Mais il faut que l'esclave stipule au nom de l'usufruitier (*D.*, XLV, 3, 31) ou que l'acquisition ait lieu *ex re fructuarii*, c'est-à-dire moyennant une valeur provenant du patrimoine de l'usufruitier (Gaius, II, 91). L'usufruitier est tenu *de peculio* des dettes corrélatives aux acquisitions dont il profite. Pomp., *D.*, XV, 1, 2.

étroitement à la notion du fruit, on reconnaît à l'usufruitier le droit de profiter des avantages que l'esclave procure à son maître comme instrument d'acquisition. — Cette conception nouvelle souleva une question délicate : pendant la durée de l'usufruit, le droit de l'usufruitier absorbe-t-il celui du nu propriétaire? Non! et ce n'est pas là une des moindres particularités de l'usufruit d'un esclave. Tandis que le propriétaire est, dès la constitution de l'usufruit, privé du droit d'user des services de l'esclave, il conserve, dans une certaine mesure, le droit d'acquérir par son intermédiaire (1) : Labéon lui attribue les successions et les legs qui ont été laissés à l'esclave en sa considération. La même règle a été appliquée aux libéralités entre vifs : si la donation a été faite à l'esclave pour le gratifier personnellement, l'acquisition profite au nu propriétaire à l'exclusion de l'usufruitier (2). Enfin, si l'esclave stipule *ex re fructuarii*, mais au nom du nu propriétaire ou sur son ordre, c'est celui-ci qui en profite, sauf le recours de l'usufruitier pour se faire tenir compte de ce qu'il lui en a coûté (3).

b) Peu après les lois caducaires, on valida l'usufruit portant sur des choses corporelles qui se consomment par le premier usage. Puis Sabiniens et Proculiens se mirent d'accord pour autoriser l'usufruit d'une créance.

c) Celsus et Julien déclarèrent valable le legs d'usufruit de tous les biens, dans les limites de la loi Falcidie (4).

d) Vers la même époque, on admit que l'usufruit pourrait être vendu, hypothéqué (5). C'était une différence avec les servitudes prédiales : elle fut atténuée pour les servitudes de passage et d'aqueduc que l'on permit d'hypothéquer et de vendre à un voisin (6); elle subsista pour les autres.

e) Plus caractéristique encore est une autre différence qu'Ariston fit accepter : la divisibilité de l'usufruit. La conception antique des servitudes est ici écartée (7).

f) L'usufruit peut être établi au profit d'une cité (p. 119). Cette règle a été admise non sans difficulté, car la cité est une personne juridique qui ne meurt pas, et l'on pourrait craindre que l'usufruit ne soit plus ici un droit temporaire (8). Mais il est susceptible de s'éteindre par le non-usage (9). Il y avait là une chance d'extinction qui n'était que trop commune par suite de la négligence des magistrats locaux. Pour le calcul de la quarte Falcidie, la durée de cet usufruit était évaluée à

(1) D'après Julien (ap. ULP., *h. t.*, 25, 3), tout ce qui ne peut être acquis à l'usufruitier profite au nu propriétaire. PAUL, *D.*, XLV, 3, 31.
(2) LAB., ap. ULP., *h. t.*, 21 ; ULP., *h. t.*, 22.
(3) JUL., *loc. cit.;* GAIUS, ap. POMP., *D.*, XLV, 3, 39. L'auteur cité sous le nom de *Gaius noster* est vraisemblablement Gaius Cassius Longinus. Cf. GLASSON, *Etude sur Gaius*, 78; KRUEGER, 215; KUNTZE, *Servus fructuarius*.
(4) Ap. ULP., *h. t.*, 1, 29.
(5) CASS., ap. ULP., *h. t.*, 12, 2. PAP., ap. MARC., *D.*, XX, 1, 11, 2.
(6) POMP., ap. PAUL. *D.*, XX, 1, 12.
(7) PAUL, *D.*, XXXV, 2, 1, 9 : *Aristo a veterum opinione recessit.*
(8) GAIUS, *D.*, VII, 1, 56; XXXIII, 2, 8 (textes interpolés : la règle posée à la fin exclut le doute signalé en commençant).
(9) PAP., *D.*, XXXI, 66, 7.

30 ans (1). Sous Justinien, l'usufruit d'une cité fut limité à 100 ans (2).

g) Au IIIe siècle, Paul présente l'usufruit comme un fragment de propriété (3). C'était une exagération, mais elle manifeste la tendance des classiques à envisager l'usufruit au point de vue de sa valeur économique et comme un droit indépendant.

Parmi ces innovations, il en est une qui, en raison de son importance pratique, doit être étudiée à part : le quasi-usufruit.

5. QUASI-USUFRUIT. — Le quasi-usufruit a été imaginé pour donner effet au legs portant sur des choses qui, se consommant par le premier usage, ne peuvent être l'objet d'un usufruit. Cette conception n'était pas encore admise au temps de Cicéron (4) : supposant qu'un mari a légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, il refuse à la femme le droit de disposer du vin ou de l'huile contenus dans les celliers. Un sénatus-consulte, dont la date est inconnue, mais qui au commencement de l'Empire a été commenté par Sabinus, décida que l'on pourrait léguer l'usufruit de toute chose comprise dans le patrimoine. On en a conclu qu'il est permis de léguer l'usufruit des choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage (5).

Ce sénatus-consulte donna satisfaction à un besoin réel. A une époque où la richesse mobilière avait reçu un développement considérable, où les capitaux formaient la partie la plus importante de la fortune des particuliers, il était impossible de s'en tenir à la conception antique, surtout dans le cas ordinaire où l'usufruit portait sur l'universalité des biens d'un défunt. La nécessité d'une innovation se fit surtout sentir depuis les lois caducaires. Ces lois avaient fixé une quotité disponible spéciale entre époux : 1/10 en propriété et 1/3 en usufruit s'il n'y avait pas d'enfant (6). On ne pouvait priver le conjoint de cet usufruit, lorsque la fortune du testateur consistait en choses qui se consomment par le premier usage.

Le sénatus-consulte eut pour effet, non de rendre possible l'usufruit d'une somme d'argent, mais de faire admettre l'expédient du quasi-usufruit. Cet expédient consiste à transférer la propriété au légataire en lui imposant l'obligation de promettre (*satisdare*) (7) de restituer, lors de son décès ou de sa *capitis deminutio*, une quantité équivalente à celle qu'il a reçue, ou, ce qui est plus commode, le montant de l'estimation faite lors de la constitution du droit (8). Le quasi-usufruit ressemble donc à l'usufruit par son but; il en diffère par sa nature juridique : ce n'est pas un droit réel sur la chose d'autrui. Le quasi-usufruitier acquiert la pleine propriété, mais il est tenu d'une obligation personnelle de restituer.

Le quasi-usufruit a été étendu aux choses qui se détériorent par

(1) MACER., *D.*, XXXV, 2, 68 pr.
(2) GAIUS, *D.*, VII, 1, 56 : *Quia is finis vitae longaevi hominis est.*
(3) *D.*, VII, 1, 4 : *Ususfructus in multis casibus pars dominii est.*
(4) *Top.*, 3, 17.
(5) ULP., *D.*, VII, 5, 1; 11. Cf. C. civ. 587.
(6) ULP., XV, 1-4 : *de decimis*. Cf. p. 733.
(7) GAIUS, *D.*, VII, 5, 2 pr. ; *Inst.*, II, 4, 2.
(8) Cf. PAUL., *D.*, VII, 5, 9; 7; JUL., *eod.*, 6.

l'usage, aux vêtements, bien qu'ils soient susceptibles, suivant l'intention des parties, d'être l'objet d'un véritable usufruit (1). Il a été également étendu aux créances (2). Le quasi-usufruit d'une créance confère au légataire le droit d'exiger la cession de la créance. Cette cession est nécessaire pour le mettre en mesure de se faire payer les intérêts, et même le capital s'il vient à échéance durant l'usufruit (3); mais le légataire doit le rendre lorsque son droit s'éteint.

§ 2. **Usage.** — L'usage est une servitude personnelle qui confère uniquement le droit de se servir de la chose d'autrui, sans porter atteinte à la substance (4). L'usager n'a aucun droit à la jouissance : en cela il diffère de l'usufruitier. Il en diffère également en ce qu'il ne peut céder l'exercice de son droit (5) : l'usage est plus étroitement attaché à la personne que l'usufruit. Ce genre de disposition est préféré par le testateur qui veut assurer un avantage au légataire sans lui laisser la faculté de faire argent de son droit, ni même d'en céder l'émolument à titre gratuit (6).

L'avantage que procure cette servitude varie suivant l'objet auquel elle s'applique. Lorsqu'elle porte sur une maison, un esclave, une bête de trait, le légataire économise l'argent que lui aurait coûté le loyer de la maison, de l'esclave ou de l'animal. L'usage d'un fonds de terre procure un avantage moins facile à définir (7), celui de résider sur le fonds, de s'y promener à pied ou en litière. L'usage d'un troupeau de moutons n'offre aucun avantage direct : le seul profit qu'on peut en retirer, dit Labéon, c'est le fumier, encore faut-il que l'usager ait un champ sur lequel il fait paître le troupeau.

Une servitude, aussi mal définie que l'usage, se concevrait difficilement constituée entre vifs : les parties en présence ne manqueraient pas de fixer l'étendue du droit concédé. Aussi les textes supposent-ils toujours que la servitude a été établie par testament : il s'agit dès lors d'interpréter la volonté du testateur. La jurisprudence s'est inspirée, non plus exclusivement de la nature de la servitude, ce qui l'aurait conduit dans certains cas à annuler la disposition, mais surtout de la règle qui prescrit d'interpréter largement les dernières volontés d'un défunt. De là, plusieurs décisions de faveur que les principes ne sauraient justifier (8).

L'exemple le plus frappant est relatif à l'usage d'une forêt. Réguliè-

(1) Ulp., *h. t.*, 15, 4, 5; *D.*, VII, 9, 9, 3. Cf. C. civ. 589.

(2) Cette extension, proposée à la fois par Cassius et par Proculus, fut admise malgré l'opinion contraire de Nerva, qui en restreignait la portée au cas où le légataire était le débiteur (Ulp., *D.*, VII, 5, 3).

(3) Pap., *D.*, XXXIII, 2, 24; Sev., Carac., *C.*, III, 33, 1.

(4) Paul, *h. t.*, [*D.*, VII, 8], 23.

(5) Ulp., *eod.*, 2 pr.; Gaius, *eod.*, 1, 1; 11.

(6) L'usager d'un esclave ne peut louer ses services, mais il peut l'employer à des travaux faits pour le compte d'autrui et dont il tire profit (construction d'une maison ou d'un navire). Lab., ap. Ulp., 12, 6.

(7) *CIL*, XI, 4488 : *agrum usibus fruendum reliquit.*

(8) D'après Riccobono, *Sull'usus*, 1904, ces décisions seraient dues aux compilateurs qui auraient interpolé les textes classiques. Cette opinion est, dans sa généralité, difficile à admettre. Il est possible que les compilateurs se soient montrés, sur certains points, plus favorables à l'usage que les classiques, mais ils n'ont sûrement pas inventé les controverses rapportées au Digeste.

rement, ce legs devrait être nul comme étant sans objet (1). Mais on suppose que le testateur s'est inexactement exprimé : il est réputé avoir légué l'usufruit (2).

Pour l'usage d'un troupeau de brebis, la difficulté était moindre, si le légataire avait un champ où il pouvait envoyer le troupeau; dans le cas contraire, la validité du legs était contestable. Ulpien accorde au légataire le droit de prendre un peu de lait, sans doute pour sa consommation et celle des membres de sa famille et des gens à son service. La raison qu'il en donne est significative : *Neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (3).

La même raison a décidé la jurisprudence à étendre les droits du légataire de l'usage d'un fonds. Si, dit-on, le testateur avait entendu léguer uniquement le droit d'habiter sur le fonds, il se serait contenté de léguer l'usage de la villa. Sabiniens et Proculiens sont d'accord pour interpréter ce legs d'une façon libérale : il n'y a divergence que sur la mesure à observer (4).

L'usager d'une maison a également profité de la faveur avec laquelle on interpréta les dispositions de dernière volonté. Si l'usager est une jeune fille, on admit de très bonne heure qu'elle pourrait habiter la maison avec son mari. On ne veut pas qu'elle soit dans l'alternative de ne pas se marier ou de perdre son legs (5). Lorsque l'usage est légué par une femme à son mari, il confère à celui-ci le droit d'habiter la maison avec sa famille, et même d'y recevoir ses affranchis, ses hôtes (6). Labéon et Proculus autorisent le mari à louer la partie de la maison qui ne lui est pas nécessaire. Mais la faculté de louer est subordonnée à la condition que le légataire habite lui-même la maison. On ne peut donc pas dire qu'il exerce son droit par l'intermédiaire d'autrui, qu'il met quelqu'un en son lieu et place (7).

(1) On ne peut songer à donner à l'usager la faculté de prendre le bois nécessaire à ses besoins personnels, car ce serait le *legatum lignorum* (Q. Muc., ap. Ulp., *D.*, XXXII, 55 pr.; Ofil., *eod.*, 55, 1 et 2, 4 et 7) et non le legs d'usage d'une forêt.

(2) Pomp., *h. t.*, 22. Le légataire a le droit de couper les arbres et de les vendre. Cf. Treb., ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 9, 7. Contra, Lab., *Vat. fr.*, 71.

(3) *D.*, VII, 8, 12, 2. Cf. C. civ. 630.

(4) Tandis que Sabinus et Cassius, Labéon et Proculus autorisent le légataire à prendre sur la récolte le blé et l'huile nécessaires à sa nourriture et à celle de sa famille, Nerva ne lui accorde un droit que sur les jardins potagers, sur l'eau, les legumes et les fleurs, le bois et la paille. Au IIe siècle, Celsus lui permet de prendre ce qui est nécessaire pour ses convives ou ses hôtes. Ulpien veut qu'on tienne compte du rang social du légataire, il va même jusqu'à dire que l'usager n'est pas tenu de consommer sur place les fruits, légumes, fleurs et le vin (*Ib.*, 12, 1 : *Neque enim grave onus est horum si abundent in fundo*). Enfin Paul autorise le légataire à prendre sur les provisions (*penus*) ce qu'il lui faut pour l'année (*h. t.*, 15 pr.), alors même que l'usager absorberait la totalité des fruits.

(5) Q. Muc., ap. Ulp., *h. t.*, 4, 1. La question était plus délicate lorsque le legs était fait par un mari à sa veuve : la femme remariée peut habiter la maison avec son second mari (Ulp., *eod.*; Paul, 5). Ariston lui permet d'habiter avec ses enfants, ses affranchis, ses parents (*Ib.*, 6). Enfin on l'a assimilée à l'homme, quant au droit de recevoir dans la maison dont elle a l'usage, des personnes étrangères à la famille (*Ib.*, 7), sous les réserves commandées par les bienséances.

(6) Tub., Lab., Cels., Ulp., *h. t.*, 2, 1.

(7) Proc., *h. t.*, 4 pr. : *Non belle inquilinum dici qui cum eo habitet*. Cf. Ulp., *h. t.*, 12, 5, sur l'usager d'un esclave : *Neque videbitur alii concessisse, si simul cum ipsis utatur*. Sans doute l'usager retire ainsi un profit pécuniaire de sa location, mais on ne doit pas, dit Ulpien, le voir d'un mauvais œil. — Il n'est pas jusqu'à

§ 3. **Habitation**. — L'habitation, lorsqu'elle est constituée par testament, confère un droit analogue à l'usage d'une maison (1). Elle en diffère en ce qu'elle ne s'éteint ni par la *capitis deminutio*, ni par le non-usage : elle a le caractère d'un secours personnel (p. 112, 2). L'habitation a souvent pour objet l'usage d'un simple appartement (2).

Les anciens discutèrent la question de savoir si le legs d'habitation était réputé concédé pour un an ou pour toute la vie. Rutilius fit prévaloir cette dernière opinion (3), ce qui permit de rapprocher l'habitation des servitudes personnelles. Une autre controverse s'éleva sur le droit de louer la maison : elle fut tranchée par Justinien dans le sens le plus favorable, pour des raisons d'humanité (4).

§ 4. **Services d'un esclave**. — Lorsqu'un testateur a légué les services d'un esclave, on doit supposer qu'il a entendu léguer l'usage de l'esclave (5). Mais ce legs ne s'éteint pas par la *capitis deminutio*, ni par le non-usage, ni même par la mort du légataire; il s'éteint seulement par l'usucapion de l'esclave (6). Il diffère aussi de l'usage en ce que le légataire des *operæ* peut les louer, tandis que l'usager d'un esclave ne le peut pas (7).

Les différences signalées entre l'usage d'une part, l'habitation et les services d'un esclave d'autre part, ne sont pas suffisantes pour avoir motivé la création de deux espèces de servitudes distinctes de l'usufruit et de l'usage. Aussi s'est-on demandé d'où vient cette multiplicité de servitudes personnelles. Il est vraisemblable que les règles appliquées à l'habitation et aux services d'un esclave remontent à une époque où la théorie des servitudes n'était pas encore formée. On les a conservées parce que la coutume les avait consacrées et qu'il aurait été peu conforme à l'interprétation libérale admise en matière de legs d'écarter des règles que le testateur avait en vue en disposant. En théorie, l'habitation et les services d'un esclave ne devraient pas former deux nouvelles classes de servitudes; la jurisprudence s'est efforcée de les faire rentrer dans la classe dont elles se rapprochent le plus : la servitude d'usage.

IV. Modes d'établissement des servitudes.

§ 1er. **Droit civil**. — Dans l'ancien droit, les servitudes rurales étant des choses corporelles s'acquéraient, comme la propriété, par mancipation, *in jure cessio*, usucapion, legs *per vindicationem*, adjudication.

l'usage d'un haras qui n'ait profité de la faveur due aux legs : en principe le légataire ne peut faire courir les chevaux dans les jeux du cirque, ce serait une *quasi locatio* ; cependant si le testateur a su qu'il était un professionnel, il est réputé lui avoir accordé cette faculté. (Ulp., *h. t.*, 12, 4.)

(1) Pap., ap. Ulp., *eod.*, 10 pr.. Cf. C. civ. 632

(2) Pap., *D.*, XXXIX, 5, 27 : *usus cœnaculi*.

(3) Ap. Ulp., *h. t.*, 10, 3.

(4) *C.*, III, 33, 13, 1; Marcel., in *Inst.*, II, 5, 5. Cf. Ulp., *D.*, VII, 8, 8 pr.

(5) Jul., ap. Ter. Clem., *D.*, VII, 7, 5. Ulpien met sur la même ligne le legs qui a pour objet les services d'un animal : *D.*, VII, 9, 5, 3.

(6) Pap., *D.*, XXXIII, 2, 2.

(7) Lab., ap. Ulp., *D.*, VII, 8, 12, 6. Cf. Gaius, *D.*, VII, 7, 3.

En droit classique, les servitudes étant des choses incorporelles ne comportent ni l'usucapion (1), ni la tradition; elles s'établissent de deux manières : par un acte juridique ou par l'autorité du juge en cas d'adjudication (2).

Quand la servitude est établie par un acte juridique, il faut distinguer suivant qu'elle est constituée par voie principale *(translatio)* ou accessoirement à une aliénation *(deductio)*.

a) Par voie principale, toutes les servitudes s'établissent à cause de mort par un legs *p. v.;* entre vifs, la mancipation n'est possible que pour les servitudes rurales qui seules sont *mancipi;* l'*in jure cessio* s'applique à toutes les servitudes.

Si le droit classique a conservé l'usage de la mancipation et de l'*in jure cessio* pour la constitution des servitudes, il leur a retiré leur caractère abstrait pour en subordonner l'effet à l'intention des parties. Telle est la règle appliquée à l'*in jure cessio* d'un usufruit à titre de dot (3), à la mancipation d'un fonds qu'on a déclaré grevé d'une servitude, alors qu'on avait seulement promis cette servitude à un tiers (4).

b) Lorsque la servitude est constituée accessoirement à l'aliénation d'une *res mancipi*, il suffit d'une clause jointe à la mancipation pour établir toute espèce de servitude. On peut, par exemple, en mancipant un fonds italique ou une maison, se réserver (*deducere*) (5) soit une servitude personnelle (6), soit une servitude urbaine, au profit d'un autre fonds que l'on conserve. A l'inverse, on peut grever un fonds que l'on garde d'une servitude urbaine ou rurale au profit d'un fonds que l'on mancipe : la clause jointe à la mancipation participe à l'efficacité de la mancipation elle-même. Quant au legs et à l'*in jure cessio*, ils ont ici, comme dans le cas précédent, une portée générale; quelle que soit la chose aliénée, *mancipi* ou non, ils peuvent être employés pour retenir une servitude.

Il n'en est pas de même de la tradition à l'époque classique : on ne peut ni transférer une servitude ni la retenir par une clause jointe à une tradition. La tradition d'un fonds italique, étant inefficace d'après le droit civil pour transférer la propriété, ne peut servir d'appui à l'acte

(1) Cette usucapion existait encore au temps de Cicéron (*p. Caec.* 26). Il en attribue l'introduction au *jus civile*, c'est-à-dire aux interprètes : ce sont eux qui ont étendu la règle des Douze Tables sur l'usucapion des fonds de terre. Lorsque les servitudes rurales furent classées parmis les choses incorporelles, cette usucapion n'eut pas de raison d'être : elle fut supprimée par une loi Scribonia, dont on ignore la date. (PAUL., *D.*, XLI, 3, 4, 29)

(2) ULP., *D.*, X, 3, 7, 1 ; PAUL, *Vat. fr.*, 47. Le *judicium* doit être *legitimum*.

(3) Ap. ULP., *D.*, XXIII, 3, 7, 2 : *Celsus... ait : interesse quid acti sit*. Cette doctrine n'était pas admise par POMP., *eod.*, 66.

(4) MARCEL., ap. ULP., *D.*, VIII, 4, 6, 3, où le mot *tradere* a été substitué à *mancipare*, car il s'agit d'un fonds de terre, et le texte suppose que l'acheteur a été rendu propriétaire. Si la mancipation conservait son caractère abstrait, on ne pourrait forcer l'acheteur à se prêter à l'établissement de la servitude. C'était une doctrine nouvelle, car Ulpien dit : *Magis putat permittendum agere*. Ulpien a appliqué cette doctrine à la tradition (p. 277).

(5) GAIUS, II, 29; 33 : il s'agit ici, non d'un droit retenu, mais d'un droit nouveau créé indirectement par mancipation.

(6) POMP., *D.*, VII, 1, 32; ULP., *D.*, VIII, 4, 6 pr. ; JAV., *eod.*, 5.

de constitution de la servitude (1). Il en est autrement sous Justinien : la mancipation et l'*in jure cessio* ont été supprimées; en aliénant un fonds par tradition, on peut transférer ou retenir une servitude.

§ 2. **Droit prétorien.** — Les modes extrajudiciaires de constituer une servitude entre vifs étaient compliqués et insuffisants. De même qu'on se passait de la mancipation et de l'*in jure cessio* pour transférer la propriété, de même on chercha avec l'appui du Préteur *(tuitione prætoris)* à s'en affranchir pour l'établissement des servitudes (2). La jurisprudence imagina un mode d'acquérir les servitudes analogue au mode prétorien d'acquérir la propriété des *res nec mancipi :* la quasi-tradition. La servitude étant une chose incorporelle, on ne pouvait en faire tradition; mais on admit que l'usage du droit équivaudrait à la tradition. Tel est l'avis exprimé, à la fin du Ier siècle, par Javolenus, rectifiant sur ce point Labéon (3). Les servitudes établies par quasi-tradition sont protégées par le Préteur au moyen de la Publicienne (4).

§ 3. **Coutume provinciale.** — La mancipation et l'*in jure cessio* étaient inapplicables aux fonds provinciaux : au temps de Gaius, on avait recours aux pactes et stipulations (5).

Le simple pacte créait ici le droit réel de servitude (6), pourvu qu'il fût accompagné d'une stipulation de peine (7) : le possesseur du fonds servant s'engageait à payer une certaine somme chaque fois qu'il s'opposerait à l'exercice de la servitude. Bien que cette stipulation ne fût pas opposable aux ayants cause à titre particulier, elle était nécessaire pour attester que les parties avaient entendu faire un acte valable d'après la loi Romaine (8).

(1) Paul, *Vat. fr.*, 47a. — Gaius, *D.*, VIII, 4, 3; Ulp., *eod*, 6 pr., Pomp., *D.*, VII, 1, 32, ont été interpolés : *tradere* a été substitué à *mancipare*.

(2) Ulp., *D.*, VII, 4, 1 pr.

(3) *D.*, VIII, 1, 20. Julien applique la doctrine de son maître (*D.*, VIII, 5, 16). Pomponius ne l'accepte pas (*D.*, XIX, 1, 3, 2).

(4) Ulp., *D.*, VI, 2, 11, 4. Cf. Jul., *D.*, VII, 6, 3; Ulp., *D.*, VIII, 3, 1, 2.

(5) Dans les provinces de culture hellénique, où les droits réels se constituaient par l'accord des volontés. D'après Girard, 374, ce mode aurait été sanctionné à Rome et en Italie par l'édit du Préteur. Mais les textes cités à l'appui ont été interpolés : Gaius (*D.*, VII, 1, 2 pr.) applique les pactes et stipulations à *omnia prædia :* c'est impossible, car dans ses commentaires dont on a le texte original (II, 31), il restreint l'usage de ce mode aux fonds provinciaux. — Dans Ulp., *D.*, VII, 1, 25, 7, Pegasus admet la constitution d'un usufruit non seulement par legs, mais aussi *per traditionem vel stipulationem* ou par un autre mode quelconque. Pegasus n'a pu parler ni de la (quasi) tradition qui n'était pas admise de son temps par le droit prétorien, ni de la stipulation qui n'est jamais présentée par les classiques comme un mode de création des servitudes. Il a dû dire *per mancipationem vel in jure cessionem;* les compilateurs ont substitué *traditionem* à *mancipationem*, *stipulationem* à *in jure cessionem*, en songeant au mode de constitution que Justinien avait consacré, comme ils l'ont fait manifestement dans Afr., *D.*, VIII, 3, 33 pr., 1 : *Pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet.* Cf. Perozzi, *Riv. Ital.*, XXIII, 5; Collinet, *Etudes*, I, 164.

(6) Gaius, II, 31. Theoph., ad *Inst.*, II. 3, 4. Il ne faut pas le confondre avec le pacte ou la stipulation par lesquels on s'oblige à constituer une servitude. Paul, *D.*, XLV, 1, 136, 1.

(7) Cf. Paul, *D.*, VIII, 3, 36. C'était un expédient destiné à justifier, aux yeux des magistrats romains, l'efficacité du pacte constitutif de la servitude. Il y a un autre exemple de l'usage de cet expédient pour donner effet à un acte d'adoption conclu à la mode grecque (Paul, *D.*, XLV, 1, 132 pr.) Cf. Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'apokèryxis*, 1913, p. 12.

(8) Cette stipulation était usitée au temps de Labéon pour tenir lieu de la tradi-

§ 4. **Droit impérial.** — Les constitutions impériales ont consacré deux nouveaux modes d'établissement des servitudes : l'un d'une portée générale, la prescription de long temps ; l'autre applicable dans un cas unique : l'autorité de justice.

1° La prescription de long temps ne se confond pas avec l'usucapion des servitudes supprimée par la loi Scribonia : elle est fondée sur une quasi-possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Sous l'Empire, on sentit qu'il y avait des inconvénients à écarter d'une manière absolue l'acquisition des servitudes par un usage prolongé. Si l'antique usucapion était dangereuse surtout comme mode d'établissement des servitudes, à cause de la brièveté du délai, il ne devait pas en être de même d'une prescription fondée sur une quasi-possession de dix ou vingt ans. Tel fut le délai fixé au IIIe siècle par les empereurs (1). Aux siècles précédents, on était plus exigeant : l'usage de la servitude devait remonter à un temps immémorial (2).

La prescription de long temps dispense celui qui prétend à la servitude de justifier de son titre d'acquisition ; on ne demande ni juste cause ni bonne foi. Il suffit de prouver qu'on a usé de la servitude pendant le temps requis ; qu'on l'a exercée, non pas à titre de tolérance (3), mais comme si l'on avait un droit sur le fonds servant (4) et sans que la possession ait été entachée des vices de violence, de clandestinité, de précarité à l'égard du propriétaire.

2° D'après un rescrit de Sévère et Caracalla, une servitude de passage, en cas d'enclave, peut être établie par autorité de justice moyennant une juste indemnité : cette faculté n'est admise que pour faciliter l'accès à un sépulcre (5) lorsque le voisin refuse d'autoriser le passage à titre de tolérance. Le magistrat statue ici *extra ordinem* et prend les mesures nécessaires pour atténuer le dommage causé au voisin.

Sous Justinien, la distinction des modes civils et prétoriens de constitution des servitudes a disparu. Le mode normal de constitution entre-vifs, c'est le pacte et la stipulation (6). Comme pour l'acquisition de la

tion en cas de vente d'une servitude (ap. JAV., *D.*, VIII, 1, 20. POMP., *D.*, XIX, 1, 3, 2). Cf. KARLOWA, II, 1248.

(1) PAUL. *Sent.*, V, 5a, 8 ; *P. Louvre*, 99. Cf. WILCKEN, *Philologus*, LIII, 81. MITTEIS, *Hermes*, XXX, 612.

(2) POMP., *D.*, XLIII, 20, 3, 4 ; SCAEV., *D.*, XXXIX, 3, 26. LAB., ap. PAUL, *eod.*, 2, 8. Les glossateurs s'appuyèrent sur ces textes pour restreindre la prescription ordinaire aux servitudes continues et exiger la prescription immémoriale pour les servitudes discontinues. Cette opinion a été, à bon droit, combattue par SAVIGNY, IV, § 197. L'exercice continu ou non de la servitude n'a aucune influence sur l'acquisition par prescription. Cf. MAYNZ, I, 849.

(3) ULP., *D.*, VIII, 5, 10 pr. CELS., *D.*, XLIII, 19, 7.

(4) PAUL, *D.*, VIII, 6, 25 ; ARISTO, ap. ULP., *D.*, XLIII, 20, 1, 19.

(5) ULP., *D.*, XI, 7, 12 pr.

(6) La tradition, mentionnée dans certains textes (à la place de la mancipation), n'est pas un mode distinct ; pour les compilateurs, elle se confond avec le pacte. Dans l'*epistola traditionis*, comme dans la *lex mancipii*, c'est le pacte qui crée la servitude. L'identité de la tradition et du pacte dans ce cas spécial ressort de l'interpolation des mots *si pacto stipulatio subdita* dans *D.*, VIII, 3, 33 pr., comme l'a montré COLLINET, *La tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, 1912, p. 11. Cf. RICCOBONO, *Sav. Z.*, XXXIV, 209.

propriété par la possession prolongée, Justinien a consacré le mode usité dans les provinces de civilisation hellénique.

Les servitudes s'établissent aussi par la quasi-tradition (1), l'adjudication, la prescription de 10 ou 20 ans (2), le legs, la loi (p. 149, 4), la destination du père de famille (3).

V. Modes d'extinction des servitudes.

Les servitudes s'éteignent de quatre manières : lorsqu'une des conditions requises pour leur existence vient à disparaître; par la renonciation, le non-usage, l'arrivée d'un terme ou d'une condition.

1° Le premier mode s'applique tout d'abord au cas où l'objet sur lequel porte la servitude a péri ou a été mis hors du commerce (4). Il suffit même pour les servitudes personnelles d'une transformation de l'objet du droit (*mutatio rei*). Si par exemple j'ai l'usufruit d'une maison et qu'elle s'écroule ou soit incendiée, je ne puis prétendre à l'usufruit du sol (5). Réciproquement, si j'ai l'usufruit d'un terrain et qu'une construction y soit édifiée sans dol, mon droit s'éteint. Il en est de même si la destination de la chose a été changée par le testateur (6).

Les servitudes prédiales s'éteignent également lorsque le fonds dominant vient à périr; les servitudes personnelles, lorsque le titulaire de la servitude meurt ou subit une *capitis deminutio* (7). Sous Justinien, les servitudes personnelles ne s'éteignent plus par la *c. d. minima;* établies au profit d'un esclave, elles s'éteignent à la mort du maître; établies au profit d'un fils de famille, elles s'éteignent à la mort du père ou du fils survivant (8). L'usufruit légué à une personne juridique s'éteint lorsqu'elle cesse d'exister, sinon au bout de cent ans.

Enfin, par application de la règle *nemini res sua servit*, les servitudes prédiales s'éteignent lorsque le propriétaire du fonds dominant devient propriétaire du fonds servant ou réciproquement : on dit alors qu'il y a *confusion* (9). De même l'usufruit s'éteint lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété : on dit ici qu'il y a *consolidation* (10).

L'extinction qui résulte de la confusion ou de la consolidation est en principe irrévocable. On pourra ultérieurement, si la situation change, établir une nouvelle servitude; on ne peut faire revivre l'ancienne (11). Il en serait autrement si l'acte qui a produit la confusion ou la conso-

(1) C'est ce que prouve l'insertion au Dig. des textes classiques qui s'y réfèrent.
(2) *C.*, VII, 33, 12, 4.
(3) *D.*, XXXIII, 2, 15, 1; VIII, 2, 41 pr.; 5, 20. Cf. Riccobono, *Riv. Ital.*, XXI, 380.
(4) Cf. Jav., *D.*, VII, 4, 24 pr., 1.
(5) Il en est autrement si l'usufruit porte sur tous les biens du testateur. (Jul., *D.*, VII, 1, 34, 2.) Sauf cette exception, le droit est définitivement éteint et ne revit pas si la maison est rebâtie. On est moins rigoureux pour les servitudes urbaines : on accorde à l'ayant droit une action utile. Paul, *D.*, VIII, 2, 31.
(6) Jul., ap. Ulp., *D.*, VII, 4, 5, 2 et 3; Cass., Sab., 10, 5 et 7; Ulp., 8; 12.
(7) Gaius, *D.*, VIII, 6, 3; Mod., *D.*, VII, 4, 21.
(8) *C.*, III, 37, 17. En droit classique, l'usufruit s'éteint à la mort de l'esclave, si l'usufruit a été légué; à la mort du maître, s'il a été constitué entre vifs. *Vat. fr.*, 57.
(9) Gaius, *D.*, VIII, 6, 1.
(10) *Inst.*, II, 4, 3; cf. Jul., *D.*, VII, 4, 17. C. civ. 617.
(11) Paul, *D.*, VIII, 2, 30 pr.

lidation venait à être rescindé, ou même si l'objet n'entrait dans le patrimoine du titulaire que grevé d'un legs au profit d'un tiers. Toutefois, dans ce dernier cas, Papinien fait une distinction entre l'usufruit et les servitudes prédiales : par interprétation de la volonté du testateur, il admet l'extinction de l'usufruit (1).

2° Les servitudes s'éteignent par la renonciation du titulaire. En principe, cette renonciation doit être faite dans la forme d'une *in jure cessio* et au profit du propriétaire du fonds servant ou du nu propriétaire. Faite au profit d'un tiers, la renonciation à l'usufruit est nulle, car l'usufruit est un droit attaché à la personne : si on pouvait le transporter sur la tête d'une autre, on en modifierait la durée au préjudice du nu propriétaire (2). Sous Justinien, l'*in jure cessio* a disparu : la renonciation se fait par un simple pacte (3).

La renonciation aux servitudes peut résulter de l'abandon du droit par le titulaire *(derelictio)* ou de l'autorisation donnée par lui de faire un acte qui l'empêche d'exercer son droit (4).

3° Les servitudes rurales et les servitudes personnelles (5) s'éteignent par le non-usage (6) d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles. Sous Justinien, ce délai est de 3 ans pour les meubles, de 10 ou 20 ans pour les immeubles (7). En général, il y a non-usage lorsque le titulaire de la servitude s'abstient d'exercer son droit, mais il y a des servitudes qui n'ont pas besoin du fait actuel de l'homme pour se conserver : ainsi une servitude d'aqueduc subsiste tant que l'eau coule dans les conduits (8). Il n'est pas nécessaire que le titulaire de la servitude l'exerce lui-même (9) : l'usufruitier, qui a vendu ou loué sa jouissance, exerce son droit tout aussi bien que celui qui jouit directement de la chose (10).

Si l'impossibilité d'exercer la servitude provient d'un cas fortuit, si par exemple la source qui alimente un aqueduc a tari, la servitude n'en

(1) PAP., *D.*, VII, 1, 57 pr.; XXXI, 76, 2.

(2) Si la renonciation ne peut transférer l'usufruit au tiers cessionnaire, elle n'est pas considérée comme non avenue; l'*in jure cessio* produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper du but que les parties se sont proposé. Or l'usufruitier, en faisant *in jure cessio* à un tiers, a 1° reconnu que l'usufruit n'était plus à lui; 2° manifesté sa volonté d'en investir un tiers. Ces deux faits sont indépendants l'un de l'autre : le premier est valable et reste efficace; le second est nul et ne produit aucun résultat. Par suite, c'est le nu propriétaire qui profite de la renonciation de l'usufruitier (POMP., *D.*, XXIII, 3, 66). Cette solution a été abandonnée lorsqu'on a commencé à tenir compte de l'intention des parties dans l'interprétation des actes juridiques. La volonté des parties ne peut être scindée : il n'y a rien de fait, dit Gaius (II, 30), qui se fait l'écho *(creditur)* d'une doctrine de Celsus.

(3) A l'époque classique, ce pacte fournit au nu propriétaire et à ses ayants cause une exception de dol contre l'usufruitier. ULP., *D.*, XLIV, 4, 4, 12. Cf. p. 867.

(4) POMP., *D.*, VII, 1, 65 pr.; PAUL, *D.*, VIII, 6, 8.

(5) L'usufruit échappe à l'extinction par non-usage lorsqu'il a été légué *alternis annis*. PAUL, *D.*, XXXIII, 2, 13; VII, 4, 28.

(6) GAIUS, *D.*, VIII, 2, 6; POMP., *D.*, VII, 4, 25.

(7) PAUL, III, 6, 30; *C.*, III, 34, 13. Si la servitude ne doit s'exercer qu'à des intervalles éloignés, Justinien, tranchant une controverse mentionnée dans les *libri Sabiniani*, porte le délai à 20 ans même entre présents (*eod.*, 14 pr.).

(8) SAB., NERAT., ap. CELS., *D.*, VIII, 6, 12.

(9) SCAEV., *D.*, VIII, 6, 20; 22; 24.

(10) GAIUS, *D.*, VII, 1, 39; MARC., 38. L'opinion contraire de POMP., ap. ULP., *D.*, VII, 4, 29 pr., n'a pas prévalu. Cf. pour la donation, *D.*, VII, 1, 12, 2; 40.

est pas moins éteinte; mais on peut demander au magistrat ou à l'empereur de la rétablir (1).

Si l'on a exercé la servitude, non comme on avait le droit de le faire, mais d'une autre manière, si par exemple on a puisé de l'eau le jour alors qu'on n'y avait droit que la nuit, la servitude est éteinte (2).

Le non-usage ne suffit pas à éteindre les servitudes urbaines; il faut de plus que le propriétaire du fonds servant conquière sa liberté en opposant à l'exercice de la servitude un obstacle matériel *(usucapio libertatis)*, par exemple en bouchant les fenêtres par lesquelles s'exerce le droit de vue du voisin (3). Au bout de deux ans, la servitude est éteinte.

4° Depuis le début de l'Empire, les servitudes prédiales peuvent être constituées sous un terme ou une condition extinctifs (p. 328, 2). En droit civil, elles restent perpétuelles, mais le propriétaire du fonds servant est autorisé, après l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition, à paralyser le droit du titulaire par une exception de pacte ou de dol. Quant aux servitudes personnelles, qui de leur nature sont temporaires, elles s'éteignent sans difficulté à l'arrivée du terme ou de la condition (4).

VI. Sanction des servitudes.

Les servitudes sont sanctionnées soit par des actions civiles, soit par des actions utiles, suivant qu'elles ont été établies par des modes civils ou prétoriens. Ces actions, comme l'action en revendication, s'exercent, suivant les époques, par l'action de la loi par serment, *per sponsionem* ou par formule pétitoire. La simple quasi-possession d'une servitude n'a pas été protégée d'une manière générale : dans quelques cas seulement, elle donne lieu à l'émission d'un interdit.

§ 1er. **Actions confessoires et négatoires.** — Les compilateurs du Digeste classent en deux groupes toutes les actions relatives aux servitudes : les unes ont pour objet d'affirmer que l'on a un droit de servitude sur la chose d'autrui; les autres de nier qu'un tiers ait un droit de servitude sur notre chose. Les actions du premier groupe sont appelées confessoires; celles du second, négatoires. Cette classification paraît étrangère aux classiques (5) : elle ne se trouve que dans quelques textes suspects d'interpolation (6). Avant Justinien, au lieu de recourir à des actions spéciales, on faisait usage de la revendication (7), qui suffisait à tous les besoins. Elle tenait lieu d'action néga-

(1) Jav., *D.*, VIII, 6, 14 pr.; Atilic., ap. Paul, *D.*, VIII, 3, 35.
(2) Lab. ap. Pomp., *D.*, VIII, 6, 17; Marcel., 11 pr.; Paul, 10, 1.
(3) Q. Muc., ap. Pomp., *D.*, VIII, 2, 7; Alf., ap. Paul, *D.*, XXXIX, 3, 2, 1.
(4) Paul, *Vat. fr.*, 50, si l'on a eu soin d'employer un mode de constitution qui comporte cette modalité.
(5) Le nom d'a. confessoire d'une servitude est étranger à Gaius (IV, 3). Les classiques qualifient confessoire l'action de la loi Aquilia, donnée au simple contre le délinquant qui avoue. Ulp., *D.*, IX, 2, 24, 11; 25, 1.
(6) Ulp., 17 ad Ed., *D.*, VIII, 5, 2 pr.; 4, 2; VII, 6, 5, 6. Cf. Segré, *Mélanges Girard*, II, 511.
(7) On en trouve la trace dans la rubrique de *D.*, VIII, 5 et VII, 6 : l'action qui

toire (1) aussi bien que d'action confessoire (2) : on revendiquait un fonds de terre contre la personne qui prétendait avoir droit au passage, ou l'on revendiquait le passage contre la personne qui prétendait avoir un droit absolu et exclusif sur le fonds. Ces revendications étaient d'ailleurs soumises, à quelques égards, à des règles particulières.

1. Action confessoire. — On intente une action confessoire lorsqu'on prétend avoir une servitude réelle ou personnelle sur la chose d'autrui. Peu importe que le demandeur ait ou non la *juris possessio* (3). C'est là une différence avec la revendication qui est refusée au possesseur ; elle tient à deux causes : *a*) la quasi-possession n'a été admise pour les servitudes qu'à la fin du Ier siècle de notre ère : jusque-là, l'action confessoire fut le seul mode de protection du titulaire d'une servitude troublé dans l'exercice de son droit; *b*) la possession n'a pas reçu en matière de servitudes une application aussi générale qu'en matière de propriété, et par suite elle n'offre pas les mêmes avantages : les servitudes ne sont pas toutes protégées par des interdits, et ces interdits ne sont pas soumis à des règles uniformes. L'action confessoire n'a donc pas essentiellement pour objet la restitution de la possession ; elle est utile à celui qui a la *juris possessio*, mais qui redoute de se voir contester son droit : il peut agir immédiatement pour le faire reconnaître.

Cette action se donne contre toute personne qui, par ses actes ou ses paroles, met en question l'existence de la servitude (4). Il n'est pas nécessaire que ce soit le propriétaire du fonds servant, sauf pour la servitude *oneris ferendi* (5). L'action se donne également sous Justinien contre celui qui *liti se obtulit* (6).

L'action confessoire, comme toute action exercée par une formule pétitoire, est arbitraire : le juge invite le défendeur à souffrir l'exercice de la servitude, à promettre sous caution de ne pas la troubler dans l'avenir (7); il l'invite aussi, le cas échéant, à rétablir les lieux dans leur état antérieur (8). En cas de contravention, il le condamne à payer une somme fixée par le demandeur sous la foi du serment.

2. Action négatoire. — Historiquement, l'action négatoire se rattache par sa création aux servitudes : c'est une action *de servi-*

sanctionne les servitudes prédiales est appelée *vindicatio*, celle qui sanctionne l'usufruit, *petitio*. Les Prudents appliquent à l'action qui sanctionne les servitudes prédiales la règle qui condamne au double de la valeur de la chose et des fruits celui qui *vindiciam falsam tulit* (Gaius, *D.*, XXII, 1, 19, 1 ; Ulp., *D.*, VIII, 5, 4, 2)

(1) Venul., *D.*, XXI, 2, 75. Gaius, IV, 3, Ulp., *D.*, VII, 6, 5 pr., l'appellent *negativa*.

(2) Servitudes urbaines : Lab., ap. Paul., *D.*, XXXIX, 3, 2, 10; Aristo, ap. Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 5; Jul., *D.*, XXXIX, 1, 2. Servitudes rurales : Cels., *D.*, VIII, 3, 11.

(3) Ulp., *D.*, VII, 6, 5, 6.

(4) Le défendeur doit, comme dans la revendication, fournir la caution *judicatum solvi*, sinon, au cas où il aurait la possession, le Préteur l'oblige à la transférer au demandeur par l'interdit *quem usumfructum* (*Vat. fr.*, 92) ou *quam servitutem* (Paul, V, 6, 8 ; Afr., *D.*, XXXIX, 1, 15)

(5) Ulp., *D.*, VIII, 5, 10, 1 ; 6, 3

(6) Paul, *D.*, VII, 6, 6. Cf. sur l'interpolation, p. 298.

(7) Ulp., *D.*, VII, 6, 5, 6; Paul., *D.*, VIII, 5, 7

(8) La clause arbitraire est admise par tous pour les servitudes personnelles : Ulp., *loc. cit.*, 5, 3-5. Elle a été contestée, sans raison suffisante par Lenel, I, 219, pour les servitudes prédiales : l'action qui les sanctionne est calquée sur celle qui protège l'usufruit. Il est d'ailleurs probable que cette clause tendait, non à une restitution proprement dite (Paul., *D.*, V, 3, 19, 3), mais à *pati uti* ou *ire agere*.

tute (1); théoriquement, elle forme l'une des actions servant à protéger la propriété. De son origine, il lui reste cette particularité qu'elle a pour objet exclusif d'établir l'inexistence d'une servitude, et non d'une restriction quelconque au droit de propriété, ni à plus forte raison du droit de propriété lui-même (2).

L'action négatoire peut être exercée par le propriétaire (3) contre quiconque prétend à une servitude sur sa chose (4) ou fait un acte qui suppose cette prétention (5). Peu importe que le défendeur ait ou non la *juris possessio* (6).

L'office du juge consiste à inviter le défendeur à rétablir les choses dans l'état antérieur et à tenir compte du profit qu'il a retiré de la chose au détriment du propriétaire, enfin à promettre de ne pas troubler à l'avenir le demandeur *(cautio de non amplius turbando)* (7).

L'action négatoire revêt parfois un caractère particulier : le demandeur ne se borne pas à contester au défendeur tout droit à une servitude, il affirme qu'il a le droit de lui interdire d'exercer une servitude. L'action porte ici le nom de *prohibitoire* (8). Les textes confirment l'existence de cette action sans en révéler l'utilité (9). Peut-être y avait-on recours lorsque le défendeur se disposait à faire un acte tendant à modifier l'état de la propriété, comme cela a lieu dans les servitudes *tigni immittendi*, *oneris ferendi*. Elle avait l'avantage d'empêcher le défendeur de réaliser durant l'instance l'acte projeté; mais le demandeur devait fournir caution (10).

§ 2. **Actions utiles.** — Les servitudes, constituées d'après le droit nouveau (quasi-tradition, prescription de long temps) (11), sont sanc-

(1) Alf., *D.*, VIII, 5, 17, 2; Ulp., *eod.*, 2 pr.
(2) *Inst.*, IV, 6, 3.
(3) Ulp., *D.*, VII, 6, 5 pr. Cf. Pap., *D.*, VIII, 5, 6, 4.
(4) La prétention peut se manifester d'une manière quelconque : un acte matériel n'est pas nécessaire. Pomp., *D.*, VIII, 5, 14 pr.
(5) Alf., *D.*, VIII, 5, 17, 2; Proc., 13; Pomp., *D.*, XLVII, 7, 6, 2.
(6) Pour triompher dans l'action négatoire, que devait prouver le demandeur? La question n'est pas résolue par les textes : on a proposé trois solutions. L'opinion la plus logique est celle qui oblige le demandeur à prouver son affirmation (*Jus N° N° non esse ita immissum habere invito A° A°*), c'est-à-dire l'inexistence de la servitude. Mais en pratique elle est peu satisfaisante; elle impose au demandeur une preuve souvent difficile. Aussi beaucoup d'auteurs pensent qu'il lui suffirait d'établir qu'il est propriétaire; la propriété confère un droit exclusif, à moins qu'un tiers ne prouve qu'il a acquis un droit sur la chose : c'est au défendeur à justifier qu'il a le droit de se comporter comme il le fait. Une opinion intermédiaire distingue suivant que le demandeur a ou non la quasi-possession : mais le texte invoqué (Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 3) dit seulement que le non-possesseur jouera le rôle de demandeur : il ne dit pas ce qu'il devra prouver.
(7) Lab., ap. Ulp., *D.*, VIII, 5, 4, 2, Jav., *eod.*, 12.
(8) Stephan., schol. ad *D.*, VII, 6, 8 pr. Cf. Zachariæ (*Z. g. Rw.*, 1844, XII, 259), et sur les controverses auxquelles a donné lieu cette action, Monnier, *N. R. H.*, XIX, 681. Lenel, I, 217.
(9) Ulp., *D.*, VII, 6, 5 pr. : *Cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi.* Marcel., *D.*, VIII, 5, 11 : *Agere... jus sibi prohibendi esse vel illi jus ædificandi non esse.* L'application de l'action prohibitoire entre copropriétaires est écartée par Riccobono *(Dalla communio*, p. 63) : le texte de Marcellus a été interpolé. Cf. Bonfante, *Il jus prohibendi nel condominio*, 1913 (*Istit. Lombardo*, XLVI, 674).
(10) Cf. Karlowa, II, 470; Monnier, p. 684; Voigt, II, 664. D'après Lenel, l'action prohibitoire servait à écarter une servitude établie *jure prætorio*.
(11) Ulp., *D.*, VIII, 5, 10 pr.; XXXIX, 3, 1, 23.

tionnées par des actions utiles (1). Ces actions sont pareillement accordées, pour une raison d'équité, au créancier gagiste, au fermier d'un *ager vectigalis*, au superficiaire (2), et vraisemblablement au possesseur d'un fonds provincial. Quant à l'usufruitier, il fait valoir les servitudes attachées au fonds en exerçant contre les tiers qui s'y opposent l'action qui protège son droit d'usufruit (3).

§ 3. **Interdits.** — Les servitudes prédiales ont été de bonne heure protégées par des interdits. Mais cette protection n'a pas été organisée d'une manière générale : elle a été restreinte aux quatre servitudes les plus anciennes, passage, aqueduc, puisage, égout (4) ; elle a été complétée pour les servitudes urbaines par la création de l'interdit restitutoire *quod vi aut clam* (p. 579).

Le droit classique a conservé ces interdits sans en créer de nouveaux pour protéger les servitudes plus récemment admises. Mais il permet d'invoquer comme interdits utiles les interdits déjà consacrés par l'édit, lorsque les nouvelles servitudes présentent quelque analogie avec les anciennes, par exemple la servitude *pecoris ad aquam appulsus* ou *aquæ recipiendæ* (5). Le Préteur a cependant ajouté à l'interdit *de fonte* une clause *de lacu, puteo, piscina* (6), et à l'interdit *de aqua* une clause *de aqua ex castello*. Il a voulu, dans le premier cas, prévenir un doute sur l'application de l'interdit *de fonte* à une servitude portant non plus sur une fontaine, mais sur un lac, un puits, une piscine alimentés par des eaux vives (7). Dans le second cas, le doute était plus sérieux encore, car l'eau d'un réservoir ne saurait former l'objet d'une servitude (8). La jurisprudence a pareillement étendu l'application de l'interdit *quod vi aut clam* à certains actes accomplis sur la maison d'un voisin, mais non à titre de servitude : tel est le cas où l'on en aurait détruit une partie pour arrêter un incendie (9).

L'introduction de la notion de la quasi-possession n'a eu aucune influence sur l'organisation de la protection des servitudes prédiales par voie d'interdits (10) : pas plus qu'à l'époque antérieure, il n'existe d'in-

(1) ULP., *D.*, XLIII, 18, 1, 9. Ailleurs Ulpien (*D.*, VI, 2, 11, 1) appelle Publicienne l'action confessoire utile. Cf. Stephan., *Schol.* 10 ad *h. l.* (*Basilic.* Suppl., II, 41). Sur la rédaction de l'action utile, APPLETON, *Propriété prétorienne*, I, 49 ; LENEL, I, 193.

(2) JUL., *D.*, VIII, 1, 16 ; ULP., *D.*, XXXIX, 1, 3, 3.

(3) LAB., NERVA, MARCEL., ap. ULP., *D.*, VII, 6, 1 pr.

(4) Les interdits *de itinere, de fonte, de aqua* sont restitutoires, les autres prohibitoires (*de itinere reficiendo, de fonte reficienda, de cloaca reficienda, de rivis reficiendis*). Cf. DESTRAIS, *De la Propriété et des servitudes*, 1895, p. 469. — On a étendu l'interdit *de aqua* aux eaux chaudes qui, dans certaines régions, servent à l'irrigation, comme à Hierapolis, en Asie. *D.*, XLIII, 20, 1, 13.

(5) ULP., *D.*, XLIII, 20, 1, 18 ; XXXIX, 3, 1, 23 *in fine*. Cf. OFIL., *eod.*, 2, 10 ; ALF., *D.*, VIII, 3, 29. Caracalla (ULP., *D.*, VIII, 4, 2) prescrit de protéger, sans doute par les interdits *de fonte* et *de fonte recipienda* (ULP., *D.*, XLIII, 22, 1 pr. ; 1, 6) le *jus aquæ per rotam de flumine tollendæ vel hauriendæ*

(6) ULP., *D.*, XLIII, 22, 1 pr. L'interdit *de fonte recipienda* est également applicable. *Ibid.*, 1, 10

(7) ULP., *D.*, XLIII, 20, 1, 38 ; 22, 1, 4

(8) CARAC., *loc. cit.* ; LAB., *D.*, XVIII, 1, 78 pr. ; *Lex col. Genetivæ*, c. 99, 100

(9) SERV., *D.*, XLIII, 24, 7, 4. Cf. pour des *arbores succisæ*, SAB., *eod.*, 19

(10) Certains auteurs font une réserve pour les servitudes urbaines positives : l'exercice de ces servitudes serait protégé par l'*uti possidetis*. Mais le texte sur

terdit destiné à protéger cette quasi-possession. Il en fut autrement pour les servitudes personnelles : les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles (1) accordent à l'usufruitier (2) et à l'usager un interdit *uti possidetis* utile (3). En cas de dépossession violente, il existait un interdit spécial : *si uti frui prohibitus esse dicetur* (4).

CHAPITRE V

La superficie.

Comme les servitudes, la superficie est un droit réel sur la chose d'autrui. Elle porte ordinairement sur une construction (5) élevée par un locataire, avec l'autorisation du bailleur, sur le terrain qu'il a loué. Cette construction appartient au propriétaire du sol, en vertu de la règle *superficies solo cedit*. Mais, si le bail est de longue durée, le Préteur fait au locataire une situation privilégiée : il le protège par une action réelle. La jurisprudence en a conclu que le constructeur avait sur la maison un droit réel.

Les conditions requises pour la formation de ce droit révèlent une situation anormale : il est plus simple d'acheter le terrain que de faire un bail à long terme ; on y gagnerait d'avoir la propriété de la construction au lieu d'un simple droit réel. Il est vraisemblable que la convention de superficie s'est introduite pour des terrains qui n'étaient pas à vendre, qui appartenaient non à des particuliers, mais au peuple romain ou à une cité : c'était un moyen de tirer profit de certaines dépendances du domaine public. Cet usage remonte au temps de la République (6).

lequel on s'appuie est de Labéon (ap. Ulp., *D.*, XLIII, 17, 3, 6-7), donc antérieur à l'époque où l'on a admis la notion de la quasi-possession. Il s'explique par l'idée que l'obstacle à l'exercice de la servitude est considéré comme un trouble apporté à la possession du fonds dominant. A l'inverse l'exercice d'une servitude est parfois considéré comme un trouble à la possession du fonds servant : ici encore on donne l'*uti possidetis* (Ulp., *D.*, VIII, 5, 8, 5 *in fine*). Ces applications de l'*uti possidetis* sont donc indépendantes de la notion de la quasi-possession et ne permettent pas d'affirmer que les servitudes urbaines ont été traitées autrement que les servitudes rurales.

(1) Labéon (ap. Ulp., *D.*, VIII, 5, 2, 3) donne au légataire d'usufruit, l'interdit *de itinere* utile lorsqu'il veut user d'un droit de passage que le testateur a exercé : il le traite comme l'héritier et l'acheteur qui sont de véritables possesseurs. Cf. Ed. Cuq. *Recherches sur la possession*, p. 52.

(2) Ulp., *D.*, XLIII, 17, 4; Venul., *D.*, XLI, 2, 52 pr.; Ulp., *D.*, IV, 6, 23, 2; *Vat. fr.*, 90 (où l'interdit est qualifié *utile*). Cf. Lenel, II, 22.

(3) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 3, 16 ; XLIII, 17, 4. Cf. pour l'*habitatio*, Pap., *D.*, XXXIX, 5, 27 : *ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur, defendendus erit.*

(4) *Vat. fr.*, 91 ; Ulp., *D.*, XLIII, 16, 3, 13-14. Cf. Lenel, II, 215.

(5) Paul, *D.*, XXXIX, 2, 18, 4; Gaius, *D.*, XLIII, 18, 2. Le mot *superficies* a une acception plus large et s'applique même aux plantations : Gaius, II, 73, 74. Inscr. d'Hr. Mettich, IV, 10-15. Cf. Ed. Cuq, *le Colonat partiaire*, p. 21.

(6) La superficie est mentionnée dans la loi agraire de 643, l. 92. On cite souvent les *VII tabernæ argentariæ* édifiées sur le Forum vers le milieu du VIe siècle, et louées à des banquiers. Mais ces boutiques avaient été construites par deux édiles de la plèbe et furent, après un incendie, rebâties par les soins de l'Etat. (Liv.,

Les particuliers ne tardèrent pas à suivre l'exemple de l'État (1).

L'usage de la superficie se serait difficilement répandu, si le Préteur n'eût fait au locataire-constructeur et à ses ayants cause une situation à part. Un locataire ordinaire est sous la dépendance du bailleur et, dans une certaine mesure, à sa discrétion. On ne pouvait traiter de même celui qui, à ses frais, a donné au fonds une plus-value notable. Le Préteur promit de le protéger, comme un possesseur (2), par un interdit prohibitoire analogue à l'*uti possidetis* (3). Pour triompher, le superficiaire n'a qu'à établir qu'il jouit conformément à la *lex locationis*, et d'une façon non vicieuse à l'égard de son adversaire ; il n'a pas à justifier de la cause de sa possession, à démontrer qu'il a contracté avec le propriétaire (4).

Le Préteur ne s'en est pas tenu là : il promit au superficiaire, qui a fait un bail à long terme, toute action qui pourrait être demandée, notamment une action réelle (5).

Cette innovation, consacrée par l'édit perpétuel, détermina la jurisprudence à définir la nature du droit du superficiaire. On y vit d'abord une sorte de servitude analogue à l'usufruit (6), mais on ne tarda pas à abandonner ce point de vue : l'usufruit est rarement constitué à titre onéreux ; il n'impose pas le payement d'une redevance annuelle ; il est

XXVI, 27; XXVII, 11.) On ne saurait donc leur appliquer la décision d'Ulpien (*D.*, XVIII, 1, 32) qui vise une époque ultérieure. — Exemples de superficie au IIe siècle : autorisation donnée en 193 au gardien de la colonne Antonine de construire une maison sur un terrain public (*C. I. L.*, VI, 1585); convention relative à un droit de superficie sur le sol communal de Pouzzoles. *C. I. L.*, X, 1783.

(1) Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 17, 3, 7; Sen., *Ep.* XIII, 89. Pomp., *D.*, XXXIX, 2, 39, 2. Cf. Ed. Cuq, *Une statistique de locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale*, 1915, p. 18.

(2) Cette assimilation remonte à une époque où l'on n'avait pas encore distingué la possession de la quasi-possession. Lorsqu'on fit de la superficie un droit réel, on aurait dû ranger le superficiaire comme l'usufruitier parmi les *juris possessores* ; mais la question n'avait pas ici d'intérêt pratique, le superficiaire étant depuis longtemps protégé par un interdit. La possession du superficiaire n'en est pas moins une possession *sui generis*; elle n'exclut pas celle du propriétaire qui peut intenter contre le superficiaire l'*uti possidetis* (Ulp., *D.*, XLIII, 17, 3, 7).

(3) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLIII, 18], 1, 2. Cet interdit se donne contre le propriétaire du sol aussi bien que contre les tiers qui mettent obstacle à la jouissance du superficiaire. L'interdit est double : on peut concevoir un conflit entre le propriétaire et le superficiaire, entre un ex-superficiaire et le titulaire actuel, sur l'étendue de la superficie.

(4) On a contesté que l'interdit de *superficie* ait été appliqué aux superficiaires qui avaient traité avec l'État : mais l'existence de l'interdit *de loco publico fruendo* prouve que la protection des locataires d'un *locus publicus* était l'affaire du préteur. Autre est la question de savoir si l'interdit a été créé alors que la superficie n'était pas encore usitée en droit privé. L'une des causes de la création de l'interdit est qu'on n'était pas certain qu'il y eût louage ou vente (*h. t.*, 1, 1). Le texte même de l'édit laisse indécise la question de savoir si la *lex* est une *lex locationis* ou *conductionis*. Tout cela s'explique par l'ancienneté de l'interdit et par l'usage de la superficie en droit public. Gaius dit en effet, dans son traité sur l'édit *de publicanis* (*D.*, XIX, 1, 19), que les anciens employaient indifféremment *emptio* et *venditio* ; il ajoute qu'il en était de même de *locatio* et de *conductio*. Cf. Schmidt, *Sav. Z.*, XI, 142 ; Voigt, II, 690, 25.

(5) *H. t.*, 1 pr. : *Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* D'après Ulpien (1, 3), le superficiaire qui a loué à court terme n'a que l'interdit ; l'action réelle est réservée à celui qui a loué à long terme. Mais ce texte est suspect d'interpolation. Suivant Albertario, *Il pegno della superficie nel diritto classico e nel diritto Giustinianeo*, 1911, l'action réelle serait une invention des compilateurs.

(6) Jul., *D.*, XXX, 86, 4. Cf. Marc., ap. Paul., *D.*, VIII, 3, 6, 1.

étroitement attaché à la personne du titulaire. On fit de la superficie un droit spécial sur la chose d'autrui, un droit aliénable et transmissible aux héritiers. On traita le superficiaire comme une sorte de propriétaire : il a les mêmes actions, les mêmes droits, les mêmes charges (1). Il peut, après enquête, obtenir une action en revendication utile pour réclamer sa chose contre tout possesseur (2), ou l'action Publicienne, s'il a traité avec un *non dominus* (3) ; il a une action confessoire utile pour faire valoir les servitudes qu'il a acquises ; les actions en partage (4) ; la dénonciation de nouvel œuvre (5). Il peut vendre, donner, léguer, engager son droit (6), consentir une servitude personnelle ou acquérir une servitude prédiale.

Mais l'assimilation n'est pas complète, le superficiaire reste un locataire : à ce titre, il est tenu de payer au propriétaire du sol une redevance (*solarium*) (7). Cette obligation incombe, non seulement au superficiaire et à ses héritiers, mais aussi à ses ayants cause à titre particulier (8). Il y a là une anomalie, car les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers : elle se justifie par la nécessité de conserver au propriétaire du sol la faculté de retirer quelque profit de sa chose. On ne pouvait lui laisser une propriété nue, alors que le droit du superficiaire n'est pas, comme celui de l'usufruitier, susceptible de s'éteindre à la mort du titulaire.

La question de savoir comment se forme le droit de superficie est controversée. La naissance du droit est certainement subordonnée à l'existence d'un contrat de louage. Faut-il de plus, sinon une quasi-tradition, du moins, comme l'exige le Préteur pour la concession de l'interdit, le fait de *frui ex lege locationis* ? Cela est vraisemblable, car en insérant dans l'édit *de superficiebus* la clause relative à l'action, le Préteur s'est borné à ajouter une condition à celles qui étaient requises pour l'interdit (9).

(1) Cf. pour la *cautio damni infecti*, Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 9, 4.

(2) L'action *im rem utilis*, mentionnée par Ulpien (*eod.*, 1, 4), est une action *in factum* modelée sur la revendication (cf. Pellat, 98, 390 ; Schmidt, 150); elle peut être exercée même contre le propriétaire du sol. Si celui-ci revendique sa chose ou demande l'*uti possidetis*, le Préteur protège le superficiaire par une exception *in factum*. Mais le texte est suspect : Lenel, *EP*³, § 249.

(3) Paul, *D.*, VI, 2, 12, 3.

(4) Ulp., *h. t.*, 1, 8 et 9 ; X, 3, 10.

(5) Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 3, 3. La question de savoir s'il a l'interdit *unde vi* utile est discutée. Ulpien (*D.*, XLIII, 16, 1, 5) semble le lui accorder ; mais il parle dans ce passage des personnes qui ont l'interdit direct; il est donc probable qu'il s'agit ici de l'interdit exercé par le propriétaire. Le superficiaire est suffisamment protégé par l'interdit *de superficiebus*. Cf. Karlowa, II, 1267.

(6) Ulp., *D.*, XVIII, 1, 32 ; *h. t.*, 1, 7 ; 1, 6 ; Pomp., *D.*, XXIII, 3, 32 ; Paul, *D.*, XIII, 7, 16, 2.

(7) Ulp., *h. t.*, 1, 6 ; 1, 9 ; *D.*, XXXIX, 1, 3, 3 : *quasi inquilinus*. Paul, *D.*, VI, 1, 74. Le payement d'une redevance est essentiel (cf. Sev., Car., ap. Marc., *D.*, XIII, 7, 17 ; Pomp., *D.*, XXXIX, 2, 39, 2); il devait être imposé, au moins pour la forme, lorsque la superficie était constituée à titre gratuit.

(8) *C. I. L.*, VI, 1585 ; Ulp., *D.*, XXX, 39, 5. Les textes ne disent pas comment cette obligation était sanctionnée. Le superficiaire actuel était sans doute réputé avoir tacitement contracté avec le propriétaire, par cela même qu'il acceptait la *lex locationis* consentie à son auteur : il était tenu de l'action *locati*. En tout cas, le propriétaire avait un droit opposable aux ayants cause particuliers du superficiaire : Paul., *D.*, XX, 4, 15.

(9) Cf. Lenel, *Jherings Jahrb.*, XIX, 191, qui invoque Ulp., *h. t.*, 1, 7 : *Sed et*

La superficie s'éteint à l'arrivée du terme fixé dans le contrat, probablement aussi par la perte de la chose ou à défaut de payement du *solarium* pendant un certain délai (1).

CHAPITRE VI

Le Droit sur l'*ager vectigalis* et l'emphytéose.

I. Le droit sur l'*ager vectigalis*.

L'expression *ager vectigalis* désigne ici (2) une terre appartenant à une cité (3) et qui est affermée à perpétuité ou à long terme (cent ans et plus) (4), avec cette clause que le preneur et ses héritiers ne pourront être dépossédés tant qu'ils payeront la redevance convenue (5).

L'usage des baux à long terme est dû au désir d'encourager les colons à s'attacher à la terre qu'ils cultivent, et, par suite, de procurer aux cités des fermiers actifs qui payeront plus aisément la redevance promise. Ce mode de tenure apparaît au début de l'Empire (6). La jurisprudence eut à définir : la nature du contrat intervenu entre la cité et le preneur; la nature du droit acquis par le fermier. Sur le premier point, devait-on considérer comme un louage ou comme une vente un contrat qui conférait un droit perpétuel et héréditaire ? On jugea préférable de le traiter comme un louage et de conserver à la cité le droit de propriété (7). Sur le second point, il était difficile d'assimiler le preneur à un fermier ordinaire, de le laisser sous la dépendance des magistrats

tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit. En sens contraire, Windscheid, I, 223, 18, et 15; Schmidt, 159; Girard, 403, 4.

(1) Cf. Pomp., *D.*, XXXIX, 2, 39, 2; Paul, *D.*, XIX, 2, 54, 1; 56.

(2) Cette expression a deux acceptions. Elle désigne : 1° les terres provinciales par opposition aux terres italiques; les unes soumises à l'impôt foncier *(stipendium, vectigal)*, les autres exemptes de cet impôt *(immunes)*. Cf Hygin, 204, 16; 205, 5. Loi agraire de 643, l. 49, 66; — 2° une terre appartenant à l'État ou à une cité et qui est concédée à un particulier pour en jouir librement, lui et ses héritiers, à charge de payer un *vectigal*. Cette concession est faite, tantôt à titre gratuit (*ager datus assignatus :* loi agraire de 643, l. 31, 77), tantôt à titre de vente (*ager trientabularius :* Liv. XXXI, 13) ou de louage. Pline (*Ep.* VII, 18) signale une autre application : pour assurer le fonctionnement d'une fondation alimentaire, il mancipa une de ses terres à l'*actor* de la cité, et se la fit remanciper *vectigali imposito*. Cf. *C. I. L.*, X, 5853, où il s'agit d'assurer le service d'un anniversaire : la redevance est ici appelée *avitum*.

(3) D'après Hygin (116, 5) les *agri vectigales* affermés à long terme peuvent aussi appartenir à l'État, à des collèges de prêtres, aux Vestales. Au Digeste, il n'est question que des terres des cités. On n'a pas d'exemple de bail à long terme pour les terres de l'État : la durée normale était de 5 ans (Lab., *D.*, XXXII, 30, 1).

(4) Hygin, 116, 14. Lorsque les cités consentent des baux à court terme, l'*ager* est *non vectigalis*. Paul, *h. t.*, [*D.*, VI, 3], 1 pr.

(5) Gaius, III, 145; Paul, *D.*, XXXIX, 4, 11, 1.

(6) Dans une tablette de Pompéi de l'an 53, un esclave public reconnaît avoir reçu le reliquat d'une somme due *ob avitum (et) patritum fundi Audiani*. Ces mots désignent, suivant Mommsen (*Hermes*, XII, 123), le fermage d'une terre louée par un bail perpétuel et héréditaire. — Peut-être, sous la République, avait-on eu déjà l'idée des baux à long terme, car la loi de la colonie de Genetiva Julia, de 710, jugea utile de défendre les baux de plus de 5 ans. *C. I. L.*, II, 5439, c. 82.

(7) On remarquera qu'un droit réel naît ici d'un contrat : il n'est pas question de quasi-tradition. Il est vrai qu'on n'a pas le texte de l'Edit.

de la cité : on s'accorda à le protéger par une action réelle (1), et cette opinion fut consacrée par l'Édit (2). Les jurisconsultes du IIe siècle en conclurent que le fermier d'un *ager vectigalis* a un droit réel sur la chose d'autrui (3).

La construction doctrinale de ce droit n'était pas sans difficulté. Il présente une certaine analogie avec l'usufruit : comme lui, il donne droit à la jouissance de la chose; mais tandis que l'usufruit est temporaire et viager, le droit sur l'*ager vectigalis* est perpétuel ou de très longue durée. Tandis que le nu propriétaire sait que son droit reprendra toute sa valeur à la mort de l'usufruitier, le propriétaire de l'*ager vectigalis* ne peut concevoir cette espérance. Pour ne pas réduire son droit à néant, il a fallu trouver un compromis, donner à ce droit réel un caractère inconnu à l'ancien droit, associer à l'élément réel un élément personnel. Tandis qu'une servitude ne peut consister *in faciendo*, le fermier d'un *ager vectigalis* est tenu de payer une redevance au bailleur. Son droit fut construit comme celui du superficiaire : il se rapproche du droit de propriété.

Comme un propriétaire, le fermier d'un *ager vectigalis* peut aliéner entre vifs ou à cause de mort (4), constituer un usufruit, imposer ou acquérir une servitude prédiale (5), hypothéquer (6). Il peut réclamer le fonds contre tout possesseur, même contre un membre de la cité, intenter la Publicienne s'il a contracté avec un non-propriétaire (7), exercer l'action confessoire utile, les actions en partage, en bornage (8), *arborum furtim cæsarum, aquæ pluviæ arcendæ* (9). Il est dispensé de toute satisdation. Enfin, comme le possesseur de bonne foi, il gagne les fruits par la séparation (10).

Les baux à long terme ne paraissent pas avoir été usités à l'époque classique pour les domaines des particuliers ou des empereurs (11).

(1) PAUL, *h. t.*, 1, 1 : *Placuit.*

(2) PAP., *D.*, XXI, 2, 66 pr. : *Ea actione quæ de fundo vectigali proposita est.* La formule devait être rédigée *in factum*. LENEL, I, 213.

(3) ULP., *D.*, XXX, 71, 5. Si le fermier d'un *ager vectigalis* a légué le fonds au municipe, ce legs doit-il être annulé par application de la règle qu'on ne peut léguer à une personne une chose qui lui appartient déjà? Non, dit Julien, *quia aliquod jus in eo is qui legavit habet.*

(4) PAUL, *h, t.*, 1 pr. : *Neque his qui in locum eorum successerunt, auferri*... PAP., *D.*, L, 16, 219 : *ad legatarium quoque transferri.*

(5) ULP., *D.*, VII, 4, 1 pr. : *Tuitione prætoris*... *Vat. fr.*, 61.

(6) SCÆV., *D.*, XX, 1, 31 ; PAUL, *D.*, XIII, 7, 16, 2.

(7) PAUL, *h. t.*, 1, 1 ; VI, 2, 12, 2.

(8) JUL., *D.*, VIII, 1, 16. ULP., *D.*, X, 2, 10; X, 3, 7 pr. PAUL, *D.*, X, 1, 4, 9.

(9) PAUL, *D.*, XXXIX, 3, 23, 1 ; XLVII, 7, 5, 3.

(10) JUL., *D.*, XXII, 1, 25, 1. On discute la question de savoir s'il a la possession ou la quasi-possession. Les textes sont muets. On a parfois invoqué MACER, *D.*, II, 8, 15, 1 : *Qui vectigalem agrum possidet possessor intelligitur*; mais *possessor* est pris ici dans un sens spécial : Macer donne ce titre à celui *qui solam proprietatem habet*, et le refuse au créancier gagiste *tametsi possessionem habeat*. Le silence des textes s'explique, à notre avis, parce que le fermier de l'*ager vectigalis* a, comme tout fermier de terres publiques, l'interdit *de loco publico fruendo*. La jurisprudence n'eut pas à rechercher si le fermier a la possession ou la quasi-possession, car il était protégé comme locataire, mieux qu'il ne le serait à tout autre titre. Pour triompher il n'avait qu'à prouver deux faits : que la terre était une terre publique; qu'elle lui avait été louée par le magistrat compétent (p. 322, 2).

(11) SCÆVOLA, *D.*, XX, 1, 31, cite cependant une *lex fundo vectigali dicta* contenant la clause, *ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, ad dominum*

Mais les baux à court terme pouvaient se renouveler indéfiniment par tacite reconduction ; les propriétaires s'efforçaient de garder leurs colons et leur concédaient divers avantages pour les décider à rester et les intéresser à la prospérité du domaine (1). Le règlement établi à cet effet portait le nom de *perpetua forma* (2), de *consuetudo domus* (3). Dans certaines provinces, telles que l'Afrique proconsulaire, l'Achaïe (4), on trouve dès le IIe siècle des exemples de clauses analogues à celles qui furent plus tard l'objet du contrat emphytéotique.

II. L'emphytéose.

L'emphytéose est une convention qui eut d'abord pour objet principal la mise en valeur des terres incultes du domaine privé des empereurs (5). On l'étendit ensuite aux fonds patrimoniaux, aux terres des églises (6) et des particuliers (7). Le nom de cette convention vient de l'obligation imposée au preneur de faire des plantations (ἐμφυτεύειν) (8) ou tout au moins d'améliorer le fonds (9). L'emphytéose peut s'appliquer à un domaine qui comprend pour partie seulement des terres incultes (10).

Le pacte d'emphytéose est joint ordinairement à un contrat de louage; il peut aussi être inséré dans un contrat de vente. Zénon en a fait un contrat spécial.

§ 1er. **Bail emphytéotique.** — L'emphytéose est l'un des moyens imaginés pour remédier à la décadence de l'agriculture et spécialement pour défricher les terres incultes : c'est un bail à long terme qui a son origine dans certaines pratiques suivies depuis longtemps dans l'administration des grands domaines. Aux premiers siècles de l'empire, les propriétaires autorisent leurs colons à occuper les parcelles incultes pour les défricher; comme récompense, on leur abandonne la jouissance exclusive des fruits pendant un certain nombre d'années, après quoi ils doivent une redevance modique en nature; de plus, on leur reconnaît sur la chose une sorte de droit réel, révocable lorsqu'ils cessent de cultiver la terre pendant deux ans (11).

redeat. Si le mot *dominus* n'a pas été interpolé, ce qui est probable, il y aurait là la trace d'un *jus in agro vectigali* établi par un particulier. Cf. *CIL*. IX, 136

(1) Colum., I, 7; *C. I. L.*, IX, 3674; X, 1877. Inscr. d'Henchir-Mettich. Cf. Ed. Cuq. *le Colonat partiaire*, 49-50. Costa, *Storia*, 267

(2) *C. I. L.*, VIII, 10570-14464, col. 3, 1, 16; 4, l. 7-8.

(3) L'inscription d'Hr Mettich rapporte un règlement fait *ad exemplum legis Mancianæ*. On ignore ce qu'est cette *lex Manciana*. Cf Ed Cuq, *N. R. H.*, XXIII, 642.

(4) Inscr. d'Hr Mettich, d'Aïn Ouassel, d'Aïn-el-Djemala; de Thisbe, contenant un édit du proconsul d'Achaïe et publiée par Dittenberger en 1891. Cf. Ed. Cuq, *Colonat partiaire*, p. 27; Beaudouin, *Les grands domaines*, 1899, p. 264; Carcopino, *Mélanges de l'École de Rome*, XXVI, 365.

(5) *C. J.*, XI, 66, 3; et les papyrus relatifs à la vente emphytéotique.

(6) *C. Th.*, II, 25, 1 : *Fundus patrimonialis vel emphyteuticarius*. *Nov.* 7; Wessely, *Stud. Palaogr.*, 47, 272, 314.

(7) *C.*, IV, 66, 1; *Inst.*, III, 24, 3.

(8) Plantations de vignes ou d'oliviers : *C.*, XI, 63, 1. C'est une tenure analogue à notre bail *à complant*. Cf. Planiol, II, n° 1864

(9) *C.*, IV, 66, 3 pr. : *Meliorationes, emponemata*.

(10) Il peut y avoir sur un domaine un emphytéote et des colons depuis longtemps attachés à la culture. *C.*, XI, 63, 1 (an. 319)

(11) Cet usage est attesté sous le règne de Trajan par l'inscription d'Hr Mettich.

Ce procédé avait l'inconvénient d'être aléatoire; la mise en valeur des terres incultes dépendait de la bonne volonté des colons (1). Dès le temps de Dioclétien, les empereurs pensèrent trouver une source de revenus plus sûre en affermant les terres incultes de leurs domaines à un capitaliste qui se chargeait, par contrat, de les défricher (2). Le fermier ou emphytéote, comme le colon de l'époque antérieure, paye une redevance modique dont il est exempt pendant les trois premières années (3) ; il a sur la chose un droit dont il peut disposer entre vifs, et dont il ne peut être privé que pour inexécution de ses obligations ou non-payement des impôts pendant deux ans (4), ou s'il refuse de consentir à une augmentation de loyer. Cette dernière restriction était de droit nouveau; elle n'eut pas de succès ; les emphytéotes préféraient se laisser déposséder, et les agents du domaine en étaient réduits à l'administrer en régie. Valentinien I[er] renonça à cette innovation (5), et par là même consolida le droit de l'emphytéote. Ce droit devint perpétuel en fait; bientôt après, il le devint légalement. Ce fut le résultat du rapprochement qui s'opéra entre l'emphytéose et le *jus in agro vectigali*.

§ 2. **Fusion du droit sur l'*ager vectigalis* et de l'emphythéose.** — Au cours du IV[e] siècle, la pénurie du trésor détermina les empereurs à confisquer les biens des cités et des temples (6); on les incorpora au domaine de la couronne. L'État se substitua aux anciens propriétaires; les fermiers de l'*ager vectigalis* devinrent fermiers de l'État : on les appela *perpetuarii*, parce qu'ils avaient un *jus perpetuum* (7). Mais on ne tarda pas à leur imposer une obligation nouvelle, celle d'améliorer la terre et, le cas échéant, de la défricher (8). Dès lors, il n'y a plus de

Cf. Ed. Cuq, *Colonat partiaire*, 21, et dans le même sens, Kuebler, *Sav. Z.*, XXII, 212; Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht in Altertum*, 1901, p. 28.

(1) Les colons défrichaient les terres incultes en vertu de l'autorisation qui leur était donnée par la *consuetudo prœdii*, et non en vertu d'un contrat. Cet usage a persisté après la création de l'emphytéose. La loi de 319, citée p. 357, 10, règle un conflit qui s'éleva entre l'emphytéote et les colons du domaine qui occupaient des terres contrairement à la coutume, sans faire de plantations, et prétendaient les garder en propre *(usurpare)*.

(2) *C.*, V, 71, 13. Ne sont admises à se porter adjudicataires que les personnes ayant une fortune suffisante : leurs biens sont affectés à la garantie de leurs obligations. A défaut, l'adjudicataire doit présenter des cautions solvables, sous la responsabilité du magistrat qui les a agréées (Theod., *C.*, XI, 62, 7; cf. *C.*, IV, 66, 3). Si l'on a omis d'exiger des cautions, le droit de l'emphytéote ne peut être contesté lorsqu'il a été exercé pendant longtemps (Honor., *C.*, XI, 62, 11; cf. Cujas, II, 750). Le vice de l'adjudication est effacé par une sorte de prescription.

(3) *C. Th.*, V, 13, 30. La durée de l'exemption était parfois réduite à deux ans.

(4) Augustin., *C. litteras Petiliani*, II, 186; Constantin, *C.*, V, 37, 23; *C. Th.*, V, 13, 15-16 : *Commissi fortuna, vitium.*

(5) *Ibid.*, 15. Cette loi de 364 reçut un effet rétroactif : *a Leontii et Sallustii consulatu* (344) *jus pristinum rursus agnoscant.*

(6) Cf. Valent., Val., *C. Th.*, X, 1, 8; Theod., *C.*, XI, 58, 6.

(7) La distinction primitive du *perpetuarius* et de l'emphytéote est prouvée par l'interpolation de *C.*, II, 33, 2. Dans le texte original (*C. Th.*, I, 11, 1), les mots *hoc est emphyteuticarii* manquent. Le droit du *perpetuarius* ne pouvait être révoqué sans un décret du prince (Paul, V, 1, 11; Grat., Valent., Theod., *C.*, XI, 71, 2). Cf. Beaudouin, *Grands Domaines*, 251.

(8) *C.*, XI, 59, 6. Cette innovation se rattache à l'ensemble des mesures prises pour assurer le payeme t de l'impôt par l'attribution forcée des terres abandonnées (ἐπιβολή). Cf. Monnier, *N. R. H.*, XV, 338.

différence appréciable entre le droit sur l'*ager vectigalis* et l'emphytéose; les textes législatifs finissent par les confondre (1).

§ 3. Vente emphytéotique. — Cette vente, usitée dès le début de l'empire et qui subsistait encore au milieu du ve siècle, fut appliquée par Auguste aux terres qu'il avait confisquées lors de la conquête de l'Egypte (2). Elle est consentie moyennant un prix calculé à tant par aroure (3), plus une redevance annuelle fixe d'une artabe par aroure (4). Il n'y a pas ici d'adjudication au plus offrant comme pour le bail emphytéotique (5) : le prix est fixé par l'administration des domaines. La vente confère un *jus privatum. salvo canone* (6). Le caractère emphytéotique de cette vente (7) se révèle par l'obligation imposée à l'acheteur de défricher la terre et par l'exemption de toute redevance pendant 3 ans (8).

La vente et le bail emphytéotiques présentaient de grandes analogies quant à la nature du droit transmis (9) et quant à l'obligation de payer une redevance annuelle. Mais les deux variétés d'emphytéose différaient profondément au point de vue des risques : l'acheteur les supportait intégralement; le fermier pouvait obtenir une remise totale ou partielle de sa redevance, conformément aux règles du contrat de louage. L'acheteur n'avait que la ressource de demander à l'empereur ou d'essayer d'obtenir des agents des domaines impériaux l'exonération de la redevance. Ces remises, qui n'étaient pas toujours justifiées, étaient préjudiciables à la *res privata* des empereurs. Théodose II prit des mesures de rigueur pour sauvegarder ses intérêts. La vente *dempto canone* est interdite. En cas de contravention, l'acheteur doit rendre la terre; il perd le prix qu'il a payé et ne peut réclamer aucune indemnité pour les dépenses qu'il a faites, ni pour la plus-value donnée au fonds. Les fonctionnaires qui ont préparé le contrat ou transmis sa pétition à l'empereur encourent une peine de 50 livres d'or (10).

(1) Depuis 386, *C.*, XI, 62, 7; *C. Th.*, V, 13, 33; XI, 16, 20; 19, 4; 28, 14.

(2) L'existence de la vente emphytéotique a été révélée par les papyrus qui rapportent les clauses du contrat.

(3) *P. Oxy.* 721 de l'an 13/14; *P. Amherst*, 68, du temps de Domitien; *P. Lond.* III, 1157, v°, de l'an 246. Plusieurs constitutions (*C.*, XI, 66, 7; 62, 9) se réfèrent à cette vente, mais on n'en avait pas jusqu'ici saisi la portée véritable, bien que les mots *possessiones comparare, emere*, soient caractéristiques.

(4) Le prix est de 12 drachmes (*P. Oxy.*, l. 14), de 20 drachmes par aroure (*P. Amh.*, l. 21; *Lond.*, 8). L'aroure = 2^{m²},756. On a conjecturé que l'artabe = 3 *modii* 1/3 (29^{lit},18). Cf. Wilcken, *Grundz.*, LXIX.

(5) *C. Th.*, V, 13, 15; 33; V, 14, 2.

(6) Arcad., *C.*, XI, 62, 9 : *Privato jure, salvo canone, fundis emptis*. Un droit analogue est attribué à ceux qui s'emparent de fonds patrimoniaux abandonnés et qui les cultivent. *C. Th.*, V, 13, 30 (an. 386) le définit ainsi : *Salvo patrimoniali canone, perpetuo ac privato jure defendat, velut domesticum et avita successione acquisitum sibi habeat, suis relinquat*.

(7) *P. Amh.*, l. 21. Rostowzew (*Kolonat*, 115) a mis en lumière le caractère particulier de cette convention que Mitteis (*Erbpacht*, 47) avait confondue avec le bail emphytéotique. La terre qui en est l'objet est appelée ἐωνημένη γῆ. Cf. Wilcken, *Grundz.*, 307.

(8) *P. Amherst*, l. 22. Cf. *C. Th.*, V, 15, 8 (an. 365) : *Triennii immunitas*.

(9) Le droit du preneur est qualifié *dominium* (*C. Th.*, V, 13, 18 de l'an 365), bien qu'il ne soit pas aussi étendu que celui de l'acheteur. La loi refuse au preneur la faculté d'affranchir les esclaves attachés à la culture parce que, à la différence de l'acheteur emphytéotique, il n'est pas *fundi dominus* (*C.*, XI, 63, 2 de l'an 367).

(10) *C.*, XI, 66, 7.

Ces mesures furent sans doute peu efficaces : elles laissaient subsister entre la vente et le bail emphytéotiques une différence peu justifiée quant aux risques. Zénon l'a fait disparaître.

§ 4. **Contrat d'emphytéose.** — Zénon défend de joindre la convention d'emphytéose à un contrat de vente ou de louage. L'emphytéose est désormais traitée comme un contrat spécial. Ainsi se trouve écartée quant aux risques la distinction fondée sur la nature du contrat. Liberté est laissée aux parties de régler à leur gré, par écrit, la question des risques. A défaut de convention écrite, la perte totale est pour le propriétaire; la perte partielle pour l'emphytéote (1).

§ 5. **Droits et obligations de l'emphytéote.** — Justinien a consacré l'innovation de Zénon et précisé la condition juridique de l'emphytéote. L'emphytéote a un droit réel sanctionné par une action réelle (2). Lorsqu'il est poursuivi en justice, il est traité comme un possesseur d'immeuble et dispensé de fournir caution (3).

Le propriétaire et l'emphytéote sont libres de régler à leur gré leurs rapports respectifs, et notamment de convenir que l'emphytéote sera déchu de son droit s'il ne paye pas la redevance accoutumée ou s'il ne produit pas les quittances des impôts (4). A défaut de convention, le propriétaire a le droit de reprendre sa terre sans mise en demeure lorsque l'emphytéote n'a pas payé sa redevance et acquitté les impôts pendant trois ans consécutifs. Aucune excuse n'est admise en raison des améliorations apportées à la terre. Mais pour prévenir un abus de droit de la part du propriétaire, l'emphytéote peut lui faire des offres réelles après l'avoir averti devant témoins et déposé l'argent conformément à la loi.

L'emphytéote ne peut aliéner la terre sans le consentement du propriétaire. Pour obvier à des abus et permettre à l'emphytéote de profiter de la plus-value qu'il a donnée au fonds, le propriétaire ne peut refuser son consentement qu'à la condition de racheter l'emphytéose au prix offert par l'acquéreur. S'il n'use pas de ce droit de préemption dans les deux mois, il est censé consentir à l'aliénation, mais il est autorisé à exiger de l'acquéreur un droit de mutation de 2 °/₀ du prix de vente ou de la valeur du fonds (5).

L'emphytéose des biens ecclésiastiques a été soumise à des règles particulières : elle ne peut être consentie à perpétuité; sa durée ne peut dépasser celle de la vie de l'emphytéote, de ses enfants et petits-enfants s'il en a. Il est interdit d'accorder à l'emphytéote, pour les pertes survenues par cas fortuit, une remise supérieure à 1/6 de la

(1) *C.*, IV, 66, 1 (an. 477-484).
(2) Cette action a été mentionnée par les compilateurs dans la rubrique d'un titre du Digeste (VI, 3).
(3) Macer, *D.*, II, 8, 15, 1, où les mots *id est emphuteuticum* ont été interpolés.
(4) Les papyrus fournissent plusieurs exemples de contrats d'emphytéose, relatifs à des biens d'église : J. Maspero, *P. Caire*, 67298 du règne de Justin II; *P. Lond.*, II, p. 323 de l'an 616. Cf. Wilcken, *Grundz.*, 313. — Dans le papyrus du Caire, les parties stipulent une peine très forte (100 pièces d'or, l. 12), au cas où elles ne tiendraient pas leur engagement, et une peine de 36 pièces d'or pour chaque contravention à l'une des clauses du contrat (l. 58).
(5) Just., *C.*, IV, 66, 2 et 3.

redevance ; L'emphytéote est responsable des détériorations causées à un fonds suburbain ou à une maison. Il peut être déchu de son droit faute de payement de la redevance pendant deux ans consécutifs (1).

(1) *Nov.*, 7, c. 1 ; c. 3, 2. Le papyrus précité du Caire autorise le preneur à jouir de la chose comme il voudra, εἴτε εἰς βελτίονα, εἴτε εἰς χ[είρο]να (l. 22), mais il s'agit de celliers et non d'une maison (οἰκία).

LIVRE IV

LES OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER

Notions générales sur les obligations.

I. Histoire, définition, effets de l'obligation.

§ 1er. **Histoire.** — L'obligation, considérée comme un droit distinct de la propriété, s'est introduite à une époque relativement récente. Elle suppose un état de civilisation assez avancé; elle appartient à une période où les relations d'affaires se multiplient et où l'argent devient l'élément normal des transactions.

1. Époque antique. — Aux premiers siècles de Rome, la notion abstraite de l'obligation n'existe pas; on ne connaît que des obligés.

L'obligé est, en général, un citoyen *sui juris* qu'un chef de famille retient chez lui et fait travailler à son profit comme un esclave (1), en vertu d'un acte solennel contenant une *damnatio* (p. 380) : c'est un emprunteur qui n'a pu acquitter sa dette à l'échéance, un citoyen qui ayant commis un tort au préjudice d'autrui n'a pas fourni la satisfaction prescrite par le juge à titre de peine. Ces personnes sont, par mesure de précaution, chargées de chaînes; on les appelle obligées (de *ob ligare*) par allusion aux liens qui les attachent. L'obligé est donc un citoyen enchaîné par un autre, faute de lui avoir payé ce qu'il lui doit. Le droit du créancier non payé se rapproche de celui d'un maître : l'obligé doit ses services comme un esclave (2).

Cette confusion de l'obligation et de la propriété n'est pas pour nous surprendre : une confusion analogue existe entre la propriété et les

(1) Cette notion de l'obligation se retrouve à Babylone dans les lois de Hammourabi : le créancier non payé exerce la contrainte par corps sur son débiteur, § 114, sur sa femme et ses enfants, § 117, sur ses esclaves, § 118, 119. Il peut même vendre le débiteur avec tous ses biens, § 54. La loi protège d'ailleurs les personnes libres ou esclaves contre les mauvais traitements du créancier, § 116; elle ordonne la mise en liberté de la femme et des enfants au bout de trois ans, § 117.

(2) L'obligation ainsi comprise ne suppose pas nécessairement une personne *sui juris* : il y a certains cas où le fils de famille, la femme *in manu*, l'esclave, ou même un animal sont considérés comme obligés (p. 593).

droits de famille, entre le droit sur les choses et le droit sur les personnes, entre la propriété et les servitudes. A la longue, on a eu conscience des différences qui les séparent et on en a fait des droits distincts. On a pareillement distingué le droit réel et le droit de créance, l'un qui permet au titulaire d'affirmer qu'il a un pouvoir sur la chose, l'autre qui lui confère seulement la faculté d'exiger d'une personne déterminée un service consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

2. Époque classique. — La notion classique de l'obligation n'a qu'un rapport assez éloigné avec l'idée que les Romains des premiers siècles se faisaient de l'état d'obligé : les chaînes dont le débiteur était chargé ne subsistent qu'à l'état de souvenir dans la dénomination d'*obligatus* donnée au débiteur. D'après le jurisconsulte Paul, la substance des obligations consiste en ce qu'un tiers est astreint envers nous à faire un acte déterminé. Le droit du créancier a donc pour objet un acte dépendant de la volonté du débiteur. S'obliger, ce n'est plus donner son corps en gage, c'est engager sa foi (1).

La notion nouvelle de l'obligation n'eut d'abord rien de juridique. L'exécution de l'engagement contracté reposait uniquement sur la loyauté du débiteur. Sa formation était une question de confiance : elle dépendait du crédit dont le débiteur jouissait auprès du créancier. C'est l'idée exprimée par le mot qui désigne le créancier : *creditor* vient de *credere* qui signifie donner son cœur (2), sa confiance à quelqu'un. Mais la confiance ne s'accorde qu'aux personnes dont on connaît l'exactitude à tenir leurs promesses. Tel est le sens du mot *fides* qui désigne l'acte auquel s'engage le débiteur (3).

Le nouveau mode de s'obliger était déjà usité pour les traités internationaux. L'observation de ces traités était une affaire de confiance, lorsqu'on n'avait pas invoqué la protection des dieux en concluant un *fœdus* (4). Si les Romains se considéraient comme obligés lorsqu'ils avaient engagé leur foi à des étrangers, à plus forte raison devaient-ils l'admettre lorsqu'ils s'engageaient envers des concitoyens. Mais pour généraliser cet usage, il fallait donner à l'engagement contracté une valeur juridique, une sanction judiciaire. Ce fut l'œuvre de la loi et de la jurisprudence.

La notion nouvelle de l'obligation a, pendant un certain temps, coexisté avec l'ancienne. A partir de la fin du ve siècle, au plus tard, on peut être obligé de deux manières : soit en vertu d'un acte contenant une *damnatio* ou pouvant y donner lieu, soit en vertu d'un acte créant une nécessité de donner *(dari oportere)*, tel que la stipulation. Le second mode de s'obliger tend à devenir le mode normal de formation des obligations.

Le droit qui en résulte et que nous appelons aujourd'hui droit de

(1) Papin., *D.*, XVI, 1, 27, 2 : *Fidem suam obligare.* Liv., 8, 28 : *vinculum fidei.*
(2) Cf. Bréal et Bailly, 50.
(3) Cic., *De off.*, I, 7 : *Fides... est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo credamus... quia fit quod dictum est appellatam fidem;* II, 24 : *Fides,.. esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum.*
(4) Liv., IX, 9. Exemples relatifs aux années 433, 437, 446; Liv., IX, 5, 20, 41.

créance, est désigné à Rome par le mot *nomen* (1). Cette désignation exprime la différence profonde qui sépare le droit du créancier de celui du propriétaire : au lieu de l'identifier avec l'objet du droit, on l'identifie avec le nom du débiteur. Il y a là sans doute un vestige de l'époque où le débiteur qui manquait à sa parole s'exposait à faire noter son nom sur les registres du cens, comme celui d'un malhonnête homme (p. 109). Le droit de créance était à cette époque strictement attaché à la personne : il était intransmissible et incessible; il ne comptait pas dans le patrimoine. Cette idée avait pénétré si profondément dans l'esprit des Romains que, même au IIe siècle de notre ère, alors qu'elle avait cessé d'être vraie, on continue à distinguer les choses *in patrimonio* et celles qui sont *in nominibus* (2).

La différence théorique entre la notion antique de l'obligation et la notion nouvelle se manifestait dans la pratique à deux points de vue : l'obligation, telle qu'on la concevait aux premiers siècles, avait une sanction très énergique; elle formait un bien de famille. Cette double différence a été d'abord atténuée, puis presque entièrement supprimée.

Les créanciers, dont le droit était fondé sur une *damnatio*, ont perdu les privilèges exorbitants qu'on leur avait accordés : la loi Pœtelia abolit le droit du créancier sur le corps de son débiteur; la loi Vallia subordonna l'exercice de la *manus injectio* à l'obtention d'un jugement. Désormais toute obligation, quelle qu'en soit la source, ne peut être exécutée, contre le gré du débiteur, sans un jugement préalable. L'unité de la notion d'obligation est réalisée quant à la sanction.

Elle l'a été également quant à la nature de l'obligation (3). La jurisprudence s'est efforcée de rattacher les droits de créance *(nomina)* et les droits de propriété à une notion commune : elle les a appréciés d'après leur valeur pécuniaire; elle les a considérés comme des « biens ». Pour atteindre ce résultat, elle a dû atténuer ou écarter les conséquences de la conception nouvelle de l'obligation. La tâche a été laborieuse; on a procédé successivement et dans la mesure où l'exigeaient les besoins de la pratique et les conditions de l'état social. Le mouvement de la jurisprudence, commencé avant notre ère, s'est continué jusqu'à nos jours. Les Romains ont admis assez vite la transmissibilité active et passive des créances; ils ont eu beaucoup de peine à

(1) Cic., *Verr.*, II, 1, 10; *Top.*, 3 : *In nominibus esse*. Afr., *D.*, XXXII, 64 : *Nomina debitorum præstari*. Après l'introduction de l'*expensilatio*, le mot *nomen* fut employé indistinctement pour désigner la dette et la créance (*nomina facere* : Cic., *de off.*, III, 14).

(2) Pomp., *D.*, XLVI, 6, 9.

(3) Les quelques différences, qui subsistent encore à l'époque classique et qui rappellent la dualité d'origine des obligations, ne présentent qu'un intérêt secondaire : 1° l'obligation, qui résulte d'un legs *per damnationem* ou d'un *judicatum*, s'éteint par l'airain et la balance (Gaius, III, 173-175); 2° le débiteur d'un legs *per damnationem* reste tenu, même si la prestation est impossible sans sa faute. Ateius, l'un des disciples de Servius, fait l'application de cette règle au legs de la chose d'autrui (Jav., *D.*, XXXII, 30, 6); la jurisprudence postérieure atténua la rigueur de cette décision par une distinction (*Inst.*, II, 20, 4); 3° l'action *ex testamento* et l'action *judicati* entraînent une condamnation au double contre le défendeur qui nie l'existence de la dette (Gaius, IV, 9).

accepter l'idée de la cessibilité : pour réaliser pratiquement le transfert des créances, ils ont eu recours à des expédients.

§ 2. **Définition.** — L'obligation est un rapport de droit (1) établi temporairement entre deux personnes dont l'une (le débiteur) est tenue de fournir à l'autre (le créancier) une prestation susceptible d'être évaluée en argent. De cette définition découlent les caractères distinctifs de l'obligation.

1° C'est un droit contre une personne, le droit de lui demander l'accomplissement d'un acte dépendant de sa volonté (2).

L'obligation restreint la liberté d'agir du débiteur (3); elle ne peut pas l'anéantir (4). Cette restriction ne porte d'ailleurs aucune atteinte à la liberté personnelle du débiteur (5) : l'obligation n'implique pas un rapport de dépendance comme la puissance paternelle ou dominicale. Le débiteur reste libre et *sui juris* : le créancier ne peut de sa propre autorité le forcer à exécuter.

2° C'est un droit temporaire : le débiteur doit pouvoir se dégager de l'obligation en l'accomplissant; il doit aussi être libéré lorsque le créancier a reçu satisfaction d'une autre manière (p. 612). Dans les cas même où l'obligation établit un rapport d'une durée indéterminée (mandat, société), le caractère temporaire subsiste : le mandataire a la faculté de renoncer au mandat, l'associé de se retirer de la société.

3° La prestation, qui forme l'objet de l'obligation, doit en principe avoir une valeur pécuniaire (6). Comme les droits réels, l'obligation est un élément du patrimoine : un élément actif pour le créancier, un élément passif pour le débiteur.

La règle qui précède comporte quelques tempéraments : *a)* Il n'est pas nécessaire que la prestation augmente directement le patrimoine du créancier; il suffit qu'elle le dispense d'un déboursé (7); *b)* Dans certains contrats, dits de bonne foi, un intérêt moral, un intérêt d'affection ou d'humanité suffit (8). *c)* A l'inverse, un intérêt pécuniaire est

(1) Le mot obligation désigne aussi soit la créance (Paul, *D.*, XLIV, 7, 3 pr.), soit la dette (*Inst.*, III, 13 pr.) qui résultent du rapport de droit, soit l'acte par lequel on s'oblige. (Lab., ap. Ulp., *D.*, L, 16, 19.)

(2) *Inst.*, III, 13 pr. : *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.* Les éléments de cette définition sont empruntés aux classiques : le *juris vinculum* à Ulp., *D.*, XLIV, 7, 54; le *necessitate adstringere* à Jul., *D.*, XXX, 76; 82, 5; Diocl., *C.*, IV, 38, 13.

(3) Mod., *D.*, L, 16, 108 : *Debitor intellegitur is a quo invito exigi pecunia potest.* Paul, *D.*, XVIII, 1, 22, 11. L'obligation est pour le débiteur une charge plus ou moins lourde *(onus)* : Pap., *D.*, XLVI, 1, 48, 1; III, 3, 67; Ulp., XVIII, 4, 2, 14.

(4) Il en est de même pour les legs (Pap., *D.*, XXXV, 1, 71, 2).

(5) On ne peut pas non plus restreindre la liberté de se marier ou de divorcer. Diocl., *C.*, V, 4, 14. Cf. p. 172, 5.

(6) Pap., *D.*, XVIII, 7, 6, 1 : *Si pecuniæ ratione venditoris interesset.* On invoque souvent Ulp., *D.*, XL, 7, 9, 2 : *Ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt.* Mais ce texte relatif à la stipulation et à l'abandon noxal d'un *statuliber* ne paraît pas avoir eu, dans la pensée de son auteur, la portée qu'on lui prête. Jhering (*Œuvres*, II, 145) a contesté l'exactitude de cette règle : il n'a prouvé qu'une chose, la nécessité de ne pas l'entendre d'une manière absolue. Cf. pour le droit moderne, Colin et Capitant, II, 293.

(7) Sab. ap. Pap., *loc. cit.* : *Quoniam hoc minoris homo venisse videatur.*

(8) Pap., *D.*, XVII, 1, 54 pr. : *Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam.* Cf. Paul, *D.*, XXI, 2, 71 : *paterna affectio.* Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 2; XLIII, 23, 11, 1.

parfois insuffisant; on ne peut créer une obligation pour satisfaire un caprice : les dettes de jeu, les paris sont dépourvus de sanction (1).

Malgré ces réserves, les parties jouissent, en matière d'obligations, d'une latitude beaucoup plus grande que pour les droits de famille ou les droits réels (2) : la volonté des contractants a été de bonne heure prépondérante. Aussi, la notion d'obligation a-t-elle acquis une souplesse exceptionnelle; elle se prête aux exigences les plus variées de la vie sociale. Elle ne reste même pas renfermée dans son domaine propre; elle pénètre dans le droit de la famille (3), dans les droits réels (4), dans la procédure (5) et jusque dans les matières de police (6). Les Romains en ont fait un instrument si bien approprié au commerce juridique qu'il rend aujourd'hui les mêmes services qu'autrefois

§ 3. **Effets des obligations.** — L'obligation confère au créancier plusieurs droits qui seront étudiés ultérieurement : 1° le droit d'agir en justice pour obtenir la prestation promise, éventuellement le droit d'obtenir l'exécution sur la personne et sur les biens; 2° le droit de réclamer des dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation ; 3° le droit de prendre contre le débiteur insolvable des mesures conservatoires telles que l'envoi en possession des biens, l'action Paulienne.

L'obligation produit aussi des effets qui ne sont pas la conséquence du droit d'action : elle peut servir de base à un payement, à une novation; être garantie par une caution, un gage, une hypothèque.

(1) Paul, *D.*, XI, 5, 1, 1 : *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere prœterquam si... quod virtutis causa fiat.* Cf. C. civ., 1965-1966

(2) Exemples : une obligation peut avoir pour objet plusieurs choses conjointement (Ulp., *D.*, XLV, 1, 29 pr.; 86), successivement ou sous une alternative. Un droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée : si l'on envisage plusieurs choses, il y aura autant de droits réels que de choses distinctes. — Deux personnes ne peuvent avoir en même temps et pour le tout la propriété d'une même chose Une même chose peut être l'objet de plusieurs obligations simultanément ou successivement. — Une créance peut avoir pour objet une chose future, incertaine. On ne peut être propriétaire de ce qui n'existe pas.

(3) Obligation alimentaire entre ascendants et descendants; obligations imposées au tuteur vis-à-vis du pupille; obligation de doter, de restituer la dot.

(4) La notion d'obligation fournit un moyen de suppléer à l'insuffisance du droit de propriété, insuffisance qui se manifeste toutes les fois qu'il s'agit de protéger le propriétaire contre un dommage futur (p. 574). — Dans les droits réels sur la chose d'autrui, le rapport obligatoire apparait sous la forme d'une *cautio de non amplius turbando* dans les servitudes prédiales, *usufructuaria* dans les servitudes personnelles, ou d'une redevance à payer par le titulaire, dans la superficie ou l'emphytéose. (p. 350, 7; 336).

(5) L'organisation d'une instance donne lieu, sous le système de la procédure formulaire, à la formation d'un rapport obligatoire (*judicio contrahere* : Ulp., *D.*, XV, 1, 3, 11). Cette obligation peut être l'objet d'une sorte de novation; être garantie par une sûreté réelle (*pignus ex causa judicati captum*). Lorsque le procès porte sur un droit de propriété, le défendeur est tenu d'une obligation de faire, qui se transforme, le cas échéant, en une obligation de somme d'argent Gaius, IV, 48.

(6) Obligations sanctionnées par les actions de *albo corrupto*, *de effusis*, etc.

II. Obligations civiles et obligations naturelles.

En principe, la sanction est un élément essentiel de la notion d'obligation. On appelle obligation civile toute obligation munie d'action (1). Mais, à côté des obligations civiles, il y a des obligations naturelles, c'est-à-dire des obligations dépourvues de sanction : le créancier ne peut forcer le débiteur à tenir sa promesse (2).

Si l'on admet ici l'existence d'une obligation, c'est, dit Ulpien, par un abus de langage : on se réfère au fait qui l'a engendrée plutôt qu'aux règles du droit civil sur la formation des obligations (3). C'est aussi parce qu'elle produit des effets analogues à ceux des obligations civiles. Il faut donc se garder de confondre l'obligation naturelle, soit avec l'obligation réprouvée par la loi (4), soit avec l'obligation morale ou de conscience : celle-ci est en dehors de la sphère du droit ; celle-là ne peut produire aucun effet juridique (5). Pourquoi la loi laisse-t-elle dépourvue de sanction une obligation qu'elle ne réprouve pas?

L'idée d'une obligation dépourvue de sanction semble anti-juridique : elle a été admise pour tempérer la rigueur du droit. L'obligation naturelle est un *vinculum æquitatis* (6). Cette idée apparaît pour la première fois en matière d'interprétation de testament : un maître affranchit son esclave et lui lègue ce qu'il lui doit; ce legs est nul, dit Servius, car un maître ne peut rien devoir à son esclave; le legs est valable, dit Javolenus, car l'intention du testateur a été de léguer ce qu'il devait en fait sinon en droit (7). Cette notion de l'obligation naturelle a été développée par Julien, le disciple de Javolenus : il l'a appliquée en matière de répétition de l'indû et de fidéjussion (8) : dans l'un et d'autre cas, comme en matière de testament, une interprétation très large était de règle pour apprécier soit l'*indebitum*, soit l'obligation principale qui

(1) Ulp., *D.*, L, 16, 10. Dans un sens étroit, on oppose l'obligation civile à l'obligation prétorienne. Ulp.. *D.*, XLVI, 2, 1, 1; Marc., *D.*, XX, 1, 5 pr.

(2) L'expression « obligation naturelle » désigne parfois une obligation munie d'action, l'obligation née du *mutuum*, par opposition à l'obligation née de la stipulation qui est qualifiée obligation civile. Le mot *naturalis* se réfère ici au fait matériel de la remise des écus, fait qui est nécessaire pour la formation du contrat de prêt. Paul, *D.*, XLV, 1, 126, 2.

(3) Ulp., *D.*, XV, 1, 41.

(4) Telle est l'obligation contractée contrairement au Sc. Velléien.

(5) Il y a à Rome certains usages qui, sans avoir de sanction juridique, ont une sanction morale dans l'opinion publique. On dit parfois qu'il y a dans ce cas obligation naturelle : obligation pour une mère de doter sa fille; pour un affranchi de rendre à son patron des *operæ officiales* (p. 137; 105; *D.*, XII, 6, 32, 2; 26, 12). Cf. Schwanert, *Die Naturalobligation des r. R.*, 1861; Machelard, *Des obligations naturelles*, 1861. Bonfante, *Riv. del diritto commerciale*, 1914, XII, 358.

(6) Pap., *D.*, XLVI, 3, 95, 4, en conclut qu'elle s'éteint par un simple pacte.

(7) *D.*, XXXV, 1, 40, 3 : *Ego puto, secundum mentem testatoris, naturale magis quam civile debitum spectandum esse.* Servius admet pourtant qu'on doit déduire du pécule les dettes de l'esclave envers son maître. Ce rapprochement prouve que Servius n'attribuait pas à l'obligation formée entre l'esclave et son maître une portée générale. C'est donc à tort que Mandry, I, 371, et Karlowa, II, 111, font remonter au temps de Cicéron la notion d'obligation naturelle.

(8) Jul., *D.*, XLVI, 3, 16, 3-4. L'obligation naturelle, susceptible d'après ce texte de donner lieu à une action, est celle qui est contractée par l'esclave administrateur d'un pécule. Cf. sur l'interprétation de ce texte et sur l'interpolation de la partie finale, Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der* naturalis obligatio, 1900.

servait de support à la fidéjussion. Julien a aussi fait admettre que l'obligation naturelle est un élément éventuel du patrimoine et doit être comprise dans une restitution d'hérédité (1). Tel est le point de départ de la théorie de l'obligation naturelle : c'est une réaction contre la règle antique qui refuse aux esclaves la capacité de contracter. Cette théorie a reçu d'autres applications.

§ 1er. **Formation des obligations naturelles** — L'obligation naturelle a le même fondement que l'obligation civile : les mêmes faits donnent naissance, suivant les cas, tantôt à une obligation civile, tantôt à une obligation naturelle; dans plusieurs cas, l'obligation civile dégénère en obligation naturelle dès que l'action fait défaut. Il y a donc deux classes d'obligations naturelles : celles qui n'ont jamais eu d'autre caractère; celles qui ont perdu la sanction qu'elles avaient antérieurement.

1° Les faits qui empêchent la concession du droit d'action sont : *a)* l'incapacité du débiteur. L'esclave, la femme *sui juris* en tutelle, le fils de famille qui emprunte de l'argent contrairement au Sc. Macédonien ne s'obligent que naturellement (2). Il en est de même de l'impubère *sui juris* sorti de l'*infantia* qui a contracté sans son tuteur (3) : d'après un rescrit d'Antonin, l'obligation ne vaut comme obligation civile que dans la mesure de l'enrichissement du pupille ; dans tout autre cas, c'est une simple obligation naturelle (4). — *b)* L'existence d'un rapport de puissance paternelle entre le créancier et le débiteur. Aucune action en justice n'est possible entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre, ou qui sont soumises à la puissance d'un même chef (5). — *c)* L'inobservation des formes usitées pour la création d'un contrat (6) : c'est le cas du simple pacte (7).

(1) Ap. Paul, *D*., XXXV, 2, 1, 17.
(2) Pour le prodigue, la question est discutée. Cf. Audibert, *Études*, I, 266.
(3) Jul., *D*., XII, 2, 42 pr ; Paul, *D*., XXXV, 2, 21 pr. ; Pap., *D*., XXXVI, 2, 25, 1. D'autres jurisconsultes (Lic., *D*., XLIV, 7, 58; Ner., *D*., XII, 6, 41) semblent nier l'existence d'une obligation naturelle. Mais, dans le premier texte, on recherche, non pas si l'emprunt fait par un pupille engendre une obligation naturelle, mais s'il engendre une obligation : on aurait pu soutenir que la numération des deniers donne naissance à une obligation munie d'action contre le pupille. Licinius repousse cette opinion ; pour lui le pupille est incapable qu'il s'agisse d'un contrat du *jus gentium* ou du *jus civile*. Quant au second texte, Neratius autorise la répétition de l'indû, parce que le pupille est incapable d'aliéner et que, dans l'espèce, il s'agit d'un payement fait avant la puberté. — Sur M. Gnæus Licinius Rufus, jurisconsulte du IIIe siècle, cf. une inscription de Salonique (*Sav. Z.*, XXVII, 420).
(4) Pap., *D*., XLVI, 3, 95, 4; Ulp., *D*., XXXIX, 5, 19, 4; Pomp., *D*., XLVI, 1, 2; Scæv., *D*., XLV, 1, 127.
(5) Jul., ap. Afr., *D*., XII, 6, 38 pr., 1-2.
(6) Ce cas devait se présenter rarement dans la pratique, car de deux choses l'une : ou le pacte est synallagmatique, ou il est unilatéral. Dans le premier cas chacune des parties s'oblige sous la condition que l'autre accomplira sa promesse : tant que le pacte n'est pas exécuté, il n'engendre ni obligation civile ni obligation naturelle; mais dès qu'il est exécuté par l'une des parties, un contrat innommé se forme, et il n'est plus question d'obligation naturelle. Dans le second cas, si le pacte était à titre gratuit, la loi Cincia empêchait le plus souvent la formation d'une obligation naturelle. Il fallait donc que le pacte fût unilatéral, à titre onéreux, pour qu'il pût produire une obligation naturelle.
(7) L'obligation naturelle paraît avoir été admise dans deux cas : 1° *pacte de liberté*. Lorsqu'un esclave promet une somme d'argent à son maître pour obtenir sa liberté, l'obligation qui en résulte peut être l'objet d'une *expromissio* (Gaius, *D*., XVI, 1, 13 pr.). — 2° *Pacte d'intérêts* (Sev., Car., ap. Ulp., *D*., XLVI, 3, 5, 2).

2° Il y a plusieurs cas où la loi retire à une obligation la sanction qu'elle lui avait accordée : tels sont les cas de *capitis deminutio* (1), de *deductio in judicium* (2), d'absolution inique prononcée par un juge (3).

§ 2. **Effets des obligations naturelles.** — Les obligations naturelles sont susceptibles de produire les mêmes effets que les obligations civiles, hormis le droit d'action. L'effet le plus ordinaire est le payement. Une obligation naturelle peut servir de base à un payement; celui qui paye en connaissance de cause ne fait pas une donation (4); celui qui paye par erreur ne peut exercer la répétition de l'indû. C'est une différence avec C. civ. 1235, 2°, qui exige un payement volontaire. — L'obligation naturelle peut être l'objet d'une novation, d'un pacte de constitut (5); être garantie par un gage ou une hypothèque, par une caution (6); donner lieu à une sorte de payement forcé, à la compensation.

Ce serait toutefois une erreur de croire que toutes les obligations naturelles produisent les mêmes effets et tous ces effets. En principe, chaque obligation naturelle ne produit que les effets qui ne sont pas incompatibles avec le motif qui a porté le législateur à lui refuser une sanction. Aussi la compensation est-elle rarement permise (7); on ne peut garantir par un gage l'obligation qui survit à l'absolution inique du débiteur (8).

III. Objet des obligations.

Dans le langage courant, on entend par objet d'une obligation l'avantage pécuniaire qui doit passer du patrimoine du débiteur dans celui du créancier (9). Cet avantage consiste en une dation, un fait ou une abstention (10) (de là la distinction des obligations de donner et des obligations de faire). Il peut être divisible ou indivisible. Dans tous les

Ulpien applique le rescrit aux intérêts qui ont été non pas stipulés, mais promis par un pacte ; ces intérêts ne peuvent être répétés quand ils ont été payés (Cf. Ulp., *D.*, XIII, 7, 11, 3). On a objecté Ulp., *D.*, XLV, 1, 1, 2 : une stipulation, nulle pour vice de forme, vaut comme simple pacte; car, dans toute stipulation, il y a deux choses, l'accord des volontés et la forme; or, si le pacte produit une obligation naturelle, toute stipulation, nulle pour vice de forme, devrait aussi donner lieu à une telle obligation, mais Ulpien le nie. Cette conclusion serait juste si l'on prouvait que, dans l'espèce, il y a eu accord des volontés; mais celui qui s'est abstenu de prononcer les paroles qu'il savait nécessaires pour la formation du contrat, n'a pas entendu acquiescer à la demande.

(1) Ulp., *D.*, IV, 5, 2, 2. Cf. p. 111

(2) Venul., *D.*, XLVI, 8, 8, 1; Pap., *D.*, XV, 1, 50, 2.

(3) Paul, *D.*, XII, 6, 28 ; Jul., ap. Paul, *eod.*, 60 pr. En parlant d'un *verus debitor* après un jugement d'absolution, Julien suppose que le juge n'a pas eu à examiner le fond de l'affaire : le demandeur a été débouté pour cause de *plus petitio* ou par une exception *litis dividuæ* (p. 861 ; 866).

(4) Ulp., *D.*, XXXIX, 5, 19, 3. Jul., *D.*, XLVI, 1, 16, 4.

(5) Ulp., *D.*, XLVI, 2, 1, 1; XIII, 5, 1, 7.

(6) Marc., *D.*, XX, 1, 5 pr.; Jul., *D.*, XLVI, 1, 16, 3; Scæv., *eod.*, 60.

(7) Ulp., *D.*, XVI, 2, 6. Deux exemples dans Paul, *D.*, XL, 7, 20, 2; 9 pr. Cf. Appleton, *Compensation*, 67.

(8) Tryph., *D.*, XX, 6, 13.

(9) Dans une terminologie exacte, l'obligation a pour objet un acte de la volonté du débiteur. Ce qu'on appelle improprement l'objet, c'est l'acte que doit accomplir le débiteur.

(10) Paul, *h. t.*, [*D.*, XLV, 1], 2 pr.

cas, il doit être déterminé, possible, conforme à la loi ou aux bonnes mœurs.

§ 1er. **Obligations de donner ou de faire.** — L'obligation de donner *(dare)* a pour objet le transfert de la propriété (1) ou la création d'un droit réel (2) sur la chose d'autrui. L'obligation de faire *(facere)* (3) a pour objet tout acte autre que la création d'un droit réel (livrer la possession, exécuter un travail, cautionner un tiers), ou même une simple abstention *(non facere)* (4). Cette distinction des obligations présente un intérêt pratique : ordinairement les obligations de donner sont divisibles ; les obligations de faire, indivisibles.

En général, l'obligation peut être exécutée par une seule prestation. Mais dans quelques cas elle comporte une serie d'actes susceptibles de se répéter pendant un certain temps. On dit alors que l'obligation est *successive*. Telle est l'obligation de ne pas faire; telle est aussi l'obligation de faire d'un locateur d'immeuble, ou l'obligation du locataire de payer le prix du loyer.

§ 2. **Obligations possibles, impossibles.** — L'objet de l'obligation doit être possible, sinon l'obligation est nulle (5). L'objet est impossible lorsqu'il y a un obstacle naturel ou juridique à la prestation. L'obstacle est naturel. si l'obligation a pour objet une chose qui n'existe plus ou qui ne peut exister (6); juridique, si l'objet est une chose hors du commerce. Dans ce dernier cas, l'obligation reste nulle, même si elle a été subordonnée à la condition que la chose cessera d'être hors du commerce (7); mais le Préteur vient parfois au secours de l'acheteur de bonne foi en lui accordant une action *in factum* (8).

Si l'impossibilité d'exécuter n'est que relative et tient à la situation particulière du créancier, l'obligation est nulle : tel est le cas ou il a stipulé sa propre chose (9), ou une chose que la loi lui défend d'ac-

(1) Gaius, III, 90, 91 ; Ulp., *h. t.*, 75, 10.

(2) Civil ou prétorien. Paul, *h. t.*, 136, 1 ; Gaius, *D.*, XX, 1, 15 pr.

(3) Dans un sens large, *facere* est synonyme de *solvere* et s'applique à toute espèce d'obligation (Pap., *D.*, L, 16, 218.) Dans un sens etroit, on l'oppose à *dare* (Pomp., *h. t.*, 5, 1. Paul, *eod.*, 2 pr.) et même à *præstare*. On a de bonne heure fait rentrer toutes les manifestations de l'activité de l'homme dans la clause : *dare facere præstare*. On la trouve dans la loi Rubria (c. 22) et dans les lois caducaires (Paul, *D.*, XXXVIII, 1, 37 pr ; cf. Gaius, IV, 2). Le sens précis du mot *præstare* est discuté. Gaius (III, 155) emploie ce mot pour désigner les services d'un mandataire, Sabinus pour ceux d'un affranchi (Paul, *D.*, XXXVIII, 1, 18; Alf., *eod.*, 26, 1, dit : *dare operas*); Servius, pour les obligations respectives du bailleur et du colon (Ulp., *D.*, XIX, 2, 15, 2); Ulpien (*D.*, XIX, 1, 11, 2) pour les obligations résultant d'un contrat de bonne foi. Ce fut peut-être là sa signification premiere, le mot *facere* étant réservé pour les obligations découlant d'un contrat de droit strict. Cf. *D.*, XIV, 1, 5, 1 ; 2 pr.

(4) Paul, *D.*, L, 16, 189. Exemples : s'abstenir de tout dol, ne pas pêcher sur le rivage de la mer pour ne pas faire concurrence à un voisin (Paul, *h. t.*, 4 pr.; Ulp., *D.*, VIII, 4, 13 pr.

(5) Cels., *D.*, L, 17, 185.

(6) Gaius, III, 97. Cels., *h. t.*, 97 pr.

(7) Venul., *h. t.*, 137, 6. Paul, *h. t.*, 83, 5 et 8; XVIII, 1, 34, 2.

(8) Ulp., *D.*, XI, 7, 8, 1. Les Sabiniens donnaient l'action *empti* en disant qu'il y avait vente (Paul, *D.*, XVIII, 1, 4; 5). La raison était sans valeur (Cels., *eod.*, 6 pr.). La solution fut cependant admise : l'action *empti* fit fonction d'action en dommages-intérêts (Mod., 62, 1.)

(9) Gaius, III, 99 ; IV, 4. Mais il peut en stipuler la valeur, ou la restitution si elle est aux mains d'un tiers (Ulp., *h. t.*, 82) ; il peut aussi la stipuler pour le cas où elle cesserait de lui appartenir (Pomp., *eod.*, 31. Marcel., 98 pr.).

quérir (1). Il n'en est pas de même si l'impossibilité tient à la situation du débiteur; il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a eu l'imprudence de contracter un engagement qu'il ne peut tenir (2).

Cependant la promesse du fait d'autrui est nulle. Le stipulant ne peut demander au tiers l'exécution d'un engagement qu'il n'a pas contracté; il ne peut pas davantage demander au promettant l'exécution d'un fait qu'il n'est pas en son pouvoir d'accomplir (3). Sous ce dernier rapport, la nullité n'avait d'autre cause que l'interprétation stricte des termes de la stipulation. On l'écartait dans la pratique en employant une clause appropriée, ou en promettant une peine pour le cas où le tiers ne ferait pas ce qui était convenu (4).

Cette précaution était inutile dans les contrats de bonne foi où il est de principe qu'on doit rechercher l'intention des parties, où l'on n'admet pas facilement que le promettant n'a pas eu l'intention de s'obliger sérieusement. On appliqua la même règle aux stipulations qui se concluaient en justice, lorsqu'on plaidait pour autrui. Le *procurator* devait nécessairement promettre le fait d'autrui *(ratam rem dominum habiturum, amplius non peti)*. On interpréta de même la promesse *aliquem sisti*, par laquelle on garantissait la comparution du défendeur au jour fixé par le magistrat (5).

En présence de cette réaction de la jurisprudence contre la vieille règle qui annule la promesse du fait d'autrui, on s'étonne de la trouver reproduite dans le Code civil (a. 1119). C'est un vestige d'une conception depuis longtemps abandonnée.

§ 3. **Obligations illicites ou immorales.**— L'objet de l'obligation ne doit être contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs (6). Bien que les faits illicites ou immoraux puissent être réalisés, on les traite comme les faits juridiquement impossibles (7).

§ 4. **Obligations déterminées, indéterminées.** — L'objet est déterminé lorsqu'il est individualisé : l'esclave Stichus. Il est indéterminé dans le cas contraire, quand je stipule quelque chose; ou lorsque la détermination n'est qu'apparente : j'ai stipulé du blé. Dans le premier cas, l'obligation est nulle; dans le second cas, elle est tout au moins imparfaite : le juge doit rechercher si, d'après l'intention des parties, on peut suppléer ce qui manque (8).

Le plus souvent, les parties laissent l'objet de l'obligation dans l'indétermination à un point de vue seulement et s'en remettent à l'une

(1) Le tuteur ne peut acheter un bien du pupille; un fonctionnaire provincial ne peut acheter un fonds de terre dans sa province. Paul, *D.*, XVIII, 1, 34, 7; Mod., 62 pr.
(2) Ulp., *h. t.*, 34; Venul., 137, 4 et 5.
(3) Gaius, III, 100. Ulp., *h. t.*, 38, 1; Herm., *D.*, XLVI, 1, 65.
(4) *Inst.*, III, 19, 3 : *Quodsi effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur.* Ulp., *h. t.*, 38, 2. Cf. C. civ. 1120.
(5) Gaius, IV, 98. Jul., *D.*, XLVI, 8, 23. Pomp., 18; Paul, 19. Ulp., *h. t.*, 81 pr. Cf. p. 869.
(6) Ulp., *h. t.*, 26; Diocl., *C.*, VIII, 38, 4. Cf. C. civ. 6.
(7) Pap., *D.*, XXVIII, 7, 15.
(8) Pap., *h. t.*, 115 pr.; Marcel, *eod.*, 94. En pratique, on a soin de fixer la quantité, parfois même la qualité. Gaius, *h. t.*, 74. Cf. Albertario, 1924, V, 5.

d'elles du soin de compléter ce qui manque : c'est ce qui a lieu dans l'obligation alternative, l'obligation de genre, l'obligation de quantités.

a) L'*obligation alternative* a pour objet deux ou plusieurs prestations, mais elle doit s'éteindre par l'accomplissement de l'une d'elles au choix de l'une des parties. L'obligation alternative a un double caractère : elle est composée et indéterminée. Elle est composée puisqu'elle a plusieurs objets : en cela elle diffère de l'obligation *facultative* (1). Elle est indéterminée, mais seulement quant au choix entre les prestations (2). Le choix se fixe par la volonté du créancier ou du débiteur, et ordinairement le jour où l'obligation doit être exécutée. Le choix appartient, sauf convention contraire (3), au débiteur (4).

b) Dans l'*obligation de genre,* l'objet dû reste indéterminé jusqu'à l'exécution (p. 238). En principe, le choix est au débiteur (5) qui peut livrer une chose quelconque du genre convenu (6), pourvu que cette chose ne soit pas atteinte d'un vice (7). En cela l'obligation de genre ressemble à l'obligation alternative; elle en diffère en ce que le choix s'exerce entre toutes les choses comprises dans le genre et non entre deux ou plusieurs objets désignés. Il en résulte que : 1° l'obligation alternative est nulle lorsque les choses dues appartiennent au stipulant au moment du contrat : on ne peut stipuler sa propre chose (8). L'obligation de genre est valable, alors même que le stipulant aurait été, lors du contrat, propriétaire de la chose que le débiteur lui offre en payement après l'avoir acquise dans l'intervalle (9); 2° l'obligation alternative s'éteint lorsque les choses dues périssent par cas fortuit. Il n'en est pas de même de l'obligation de genre, car jusqu'au payement il n'y a rien *in obligatione* (10).

c) Dans l'*obligation de quantités,* comme dans l'obligation de genre, l'objet reste indéterminé jusqu'à l'exécution (11). Mais comme toutes les quantités de la même espèce sont réputées avoir une valeur uni-

(1) Cette obligation n'a qu'un seul objet, mais le débiteur a la faculté d'en donner un autre en payement (Marc., *D*,, XX, 1, 16, 3; Ulp., *D*., XLII, 1, 6; cf. p. 548). A parler exactement c'est la dation en payement et non l'obligation qui est facultative, car une obligation impose toujours au débiteur une nécessité. De là deux différences entre l'obligation facultative et l'obligation alternative : 1° le créancier ne peut exiger que la chose qui forme l'objet direct de l'obligation facultative. Si elle périt par cas fortuit, le débiteur est libéré. L'obligation alternative ne s'éteint que si toutes les choses dues ont péri par cas fortuit; 2° l'obligation facultative est nulle si la chose promise appartient déjà au créancier. L'obligation alternative reste valable si une seule des choses promises appartient déjà au stipulant.

(2) Paul, *h. t.*, 128. Ulp., *D*., XIII, 4, 2, 3.

(3) Pomp., *h. t.*, 112 pr. Gaius, *h. t.*, 141, 1.

(4) Paul, *D*., XVIII, 1, 34, 6. Venul., *h. t.*, 138, 1. Cf. C. civ. 1189-1196.

(5) Marcel., *D*., XVIII, 1, 60.

(6) Jav., *D*., XVII, 1, 52 : *Pessimum triticum.* Marcel., *D*., XLVI, 3, 72, 5.

(7) Esclave *nondum noxa solutus* (Marcel., *l. c.*); *statuliber* (Afr., *eod.*, 38, 3.)

(8) Ulp., *h. t.*, 82 pr.

(9) Serv., ap. Marcel., *D*., XLVI, 3, 67. Marcel., *eod.*, 72, 4. Voir cep., en matière de legs, Pap., *D*., XXXI, 66, 3.

(10) Sur les questions auxquelles donne lieu la perte de la chose due dans l'obligation alternative, voir J. E. Labbé, *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, 1870, p. 49; Riccobono, *Bull. dir. R.*, IX, 217.

(11) On n'a pas à redouter ici, comme dans l'obligation de genre, la nullité résultant du défaut d'intérêt pécuniaire : je ne puis valablement stipuler *du blé*, parce que le débiteur pourrait se libérer en me livrant un grain de blé; mais je puis stipuler une mesure de blé.

forme, le choix fait par le débiteur est indifférent au créancier (1). De plus, le choix n'est pas indivisible : on n'applique pas la règle qui oblige à livrer une chose entière du genre convenu.

IV. Sujets de l'obligation.

L'obligation, étant un rapport entre deux personnes, a deux sujets : un sujet actif, le créancier; un sujet passif, le débiteur. En général, ces personnes sont déterminées dès la formation de l'obligation. Il y a cependant quelques cas où les sujets sont susceptibles de varier : lorsque l'obligation se forme *propter rem* (p. 575, 7 ; 577, 10). Le rapport obligatoire peut aussi se former entre plusieurs personnes, du côté actif ou du côté passif, ou des deux côtés à la fois.

Il y a pluralité de sujets actifs ou passifs dans les obligations conjointes, indivisibles, solidaires, *in solidum*.

§ 1er. **Obligations conjointes.** — En règle générale, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs, chaque créancier a droit à une part de la créance, chaque débiteur est tenu d'une part de la dette (2). Il y a autant d'obligations distinctes que de créanciers ou de débiteurs. En la forme, les créanciers ou les codébiteurs sont conjoints; au fond, ils sont indépendants. La créance ou la dette se divise entre eux.

Il en est de même lorsque l'obligation a des sujets multiples, non plus dès sa formation, mais par suite d'un fait postérieur (3); si le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette se divise entre eux de plein droit (4).

§ 2. **Obligations indivisibles.** — La question de l'indivisibilité se pose surtout en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs d'une même obligation : lorsqu'il n'y a en présence qu'un seul créancier et un seul débiteur, l'obligation est traitée, sauf convention contraire, comme si elle était indivisible; le créancier ne peut être forcé d'accepter un payement partiel.

L'obligation est indivisible lorsqu'il est impossible au débiteur de l'exécuter pour partie. En principe, l'indivisibilité dépend de la nature de l'objet dû; l'indivisibilité de l'obligation est la conséquence de l'indivisibilité de l'objet. Elle peut aussi résulter de l'intention des parties.

L'obligation de donner est indivisible dans deux cas : *a*) lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée seulement dans son genre, comme un cheval. On ne concevrait pas que chacun des codébiteurs livrât une quote-part d'un objet différent; *b*) lorsqu'elle a pour objet une chose indivisible de sa nature, comme une servitude prédiale (5).

L'obligation de faire est en général indivisible. Telle est l'obligation qui a pour objet soit la confection d'un *opus* comme la construction

(1) Pour les dettes d'argent, le créancier n'est pas tenu de recevoir des pièces de monnaie qui n'ont pas cours dans la région. Paul, *D.*, XLVI, 3, 99.
(2) Pap., *D.*, XLV, 2, 11, 1-2.
(3) Pap., *D.*, XLV, 2, 11, 1 et 2; Gord., *C.*, III, 36, 6.
(4) Lorsque l'obligation a pour objet un corps certain, chacun des créanciers acquiert une part de la propriété qui reste indivise. Jul., *h. t.*, 54 pr.; C. VIII, 31, 1. Cf. C. civ. 1217-1225.
(5) Paul, *h. t*, 2, 1 (garantie contre l'éviction). Cf. Venul., *eod.*, 139.

d'une maison (1), l'abstention de tout empêchement à l'exercice d'une servitude (2), soit la tradition d'une *vacua possessio* (3). Par exception, sont divisibles les obligations qui ont pour objet la tradition de quantités ou l'exécution d'un travail *in pedes mensurasve* (4).

L'effet de l'indivisibilité varie suivant qu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs : *a*) Chacun des créanciers peut poursuivre le débiteur pour le tout, mais le débiteur peut exiger une satisdation qui le mette à l'abri d'une nouvelle poursuite (5). A défaut d'exécution, chacun des créanciers n'obtient condamnation que pour sa part (6). *b*) Le créancier peut demander à chacun des codébiteurs la totalité de la dette, comme s'il y avait solidarité (7).

§ 3. **Obligations solidaires.** — L'obligation solidaire, qu'on appelle aussi *correale* (8), est une obligation à sujets multiples qui existe au profit de plusieurs créanciers (solidarité active) ou à la charge de plusieurs débiteurs (solidarité passive).

1. Effets de la solidarité. — Dans la solidarité active, chacun des créanciers a le droit d'agir pour le tout, mais le payement fait à l'un est libératoire à l'égard des autres (9); dans le second cas, chacun des débiteurs est tenu pour le tout (10), mais le payement fait par l'un libère les autres (11). Cf. C. civil, 1197-1215.

(1) Paul, *h. t.*, 85, 2 : *Quia operis effectus in partes scindi non potest.*

(2) Paul, *h. t.*, 2, 5.

(3) Ulp., *D.*, XXI, 1, 31, 8; *h. t.*, 72 pr. On a objecté que la stipulation *fundum tradi* a pour objet une dation et par suite devrait être divisible. Mais *tradere* et *dare* ne sont pas toujours identiques. Cf. Savigny, *Das Obligationenrecht*, trad., I, 370; Danieloplulo, *Des oblig. indiv.*, 114. Maynz, II, 117. Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, 1862, p. 40.

(4) Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 36; Alf., *D.*, XIX, 2, 30, 3; Flor., *eod.*, 36.

(5) Ulp., *l. c.*; Gaius (*D.* XVI, 3, 14 pr.) exige la présence des héritiers qui ont les plus fortes parts. Pomp., *D.*, XLVI, 3, 81, 1, parle d'une sommation adressée par une partie des héritiers : c'est sans doute un vestige d'une doctrine antérieure qui exigeait une poursuite exercée sinon par tous les créanciers, du moins par ceux qui avaient le plus d'intérêt.

(6) Paul, *D.*, X, 2, 25, 9.

(7) Peut-il obtenir condamnation pour le tout? La question fut discutée : les uns admirent l'affirmative tout en disant qu'il était de l'office du juge d'assurer à celui qui payait un recours contre ses cohéritiers (Paul, *eod.*, 25, 10); les autres décidèrent que la condamnation devrait être divisée (Ulp., *h. t.*, 72 pr.); cette opinion prévient bien des difficultés.

(8) Voir la critique de cette expression dans Gérardin, *N. R. H.*, VIII, 237.

(9) Jav., *h. t.*, [*D.*, XLV, 2], 2. Venuleius pose en principe (*D.*, XLVI, 2, 31, 1) que chaque créancier a autant de droit que s'il était seul, sauf qu'il peut être privé de son droit par son cocréancier. Labéon faisait une réserve pour la novation (Paul, *D.*, II, 14, 27 pr.) : son opinion n'a pas prévalu. Mais le pacte de remise consenti par l'un des créanciers n'est pas opposable aux autres (p. 625, 6).

(10) Cette règle ne souffre pas d'exception, même si les codébiteurs sont solvables. Marcellus semble dire le contraire : d'après *D.*, XIX, 2, 47, le créancier est, en pareil cas, forcé de diviser sa poursuite. Mais cette partie du texte a été interpolée : elle est en contradiction avec la fin qui déclare qu'on ne peut enlever au créancier le droit d'exiger le tout de l'un des codébiteurs s'il ne refuse pas de lui céder ses actions. Gall., C. IV, 65, 13 confirme la règle, sans faire allusion au bénéfice de division. L'exception, admise avec réserve et contrairement aux principes *(fortasse justius)* par les compilateurs du Digeste, n'a pas été accueillie par les rédacteurs de la 2e édition du Code. On a cru pendant longtemps que Nov. 99, avait accordé le bénéfice de division aux codébiteurs corréaux. Mais cette Novelle n'a pas trait à la corréalité (p. 656, 4).

(11) Ulp., *h. t.*, 3, 1. Il en est de même de l'acceptilation, de la novation (Venul., *loc. cit.*), de la *litiscontestatio* (Ulp., *D.*, XLVI, 1, 5), du serment (Paul, *D.*, XII, 2, 28, 3.)

La solidarité fait courir aux créanciers ou aux débiteurs un risque qui semble lui enlever toute utilité : si le débiteur paye l'un des créanciers, les autres perdent leur droit; si le créancier s'adresse à l'un des débiteurs, celui-ci supporte seul le poids de la dette. Mais si la solidarité n'implique pas l'idée d'un recours entre créanciers ou débiteurs, elle ne l'exclut pas : elle devait être surtout usitée lorsqu'il existait entre les parties une communauté d'intérêts, résultant d'une société ou d'un mandat (1). Les textes distinguent les *correi socii* et les *non socii* (2). En cas de société, le créancier qui a reçu le payement doit partager avec ses cocréanciers; le débiteur qui a payé a un recours contre ses codébiteurs (3). A défaut d'intérêt commun ou de mandat (4), il ne paraît pas que les créanciers aient eu aucun recours; mais le codébiteur avait le bénéfice de cession d'actions (p. 650) qui lui permettait de réclamer à ses codébiteurs leur part dans la dette (5).

2. Sources de la solidarité. — La solidarité résulte en général de la volonté de l'homme. Anciennement, on ne pouvait la faire naître que par une stipulation faite dans une forme particulière (6) : le créancier interrogeait successivement les deux promettants, ou bien chaque créancier interrogeait le promettant. Dans tous les cas, la réponse ne devait être faite qu'après la double interrogation, sinon il n'y avait qu'une obligation conjointe. Sous l'Empire, la solidarité peut aussi résulter d'une clause insérée dans un contrat quelconque (7)

(1) La solidarité active fournit aux créanciers un moyen d'exercer plus facilement leurs droits : si l'un s'absente, l'autre peut agir pour le tout sans que le premier ait à constituer un mandataire. La solidarité passive procure aux codébiteurs l'avantage d'augmenter leur crédit personnel : le créancier, qui hésiterait à traiter avec l'un d'eux isolément, contractera plus volontiers si chacun s'engage à payer le tout; il aura plus de chances d'éviter une perte. La solidarité passive est souvent imposée par le créancier à ceux qui veulent garantir la dette d'autrui (cf. C. civ., 1216) : c'est un moyen d'écarter l'application des lois restrictives du cautionnement, spécialement celles qui accordent le bénéfice de division. Autre exemple en cas d'indivision : Afr., *D*, XVI, 1, 17, 2.

(2) Intérêt : 1° quant à l'application de la Falcidie (p. 777, 8); 2° pour le pacte de remise *in rem* : fait à l'un des codébiteurs, il peut être invoqué par l'autre pour le tout, s'il y a société; sinon pour aucune part (p. 625); 3° en cas de confusion : on ne peut l'invoquer que s'il y a société et seulement dans la mesure où l'on a un recours contre son codébiteur (p. 632, 11; cf. Labbé, *op. cit.*, 183); 4° en cas de compensation (Pap., *h. t.*, 10); 5° de compromis (Paul, *D.*, IV, 8, 34 pr.); 6° de legs de libération (Ulp., *D.*, XXXIX, 3, 3, 3).

(3) Ces recours s'exercent, suivant les cas, par l'action *pro socio, communi dividundo, mandati*.

(4) La solidarité active sans communauté d'intérêt ne se conçoit guère qu'au profit de légataires ou de donataires; les exemples qu'on a proposés de stipulations faites à titre onéreux ne sont pas pratiques. Il en est de même pour la solidarité passive. Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 828-831.

(5) Pap., *D.*, XXI, 2, 65; Diocl., *C.*, VIII, 40, 2. Cf. Marcel., *D.*, XIX, 2, 47. La question est controversée : cf. Labbé, III, 834. La concession du bénéfice de cession d'actions ne rend pas inutile la distinction des *correi socii* et *non socii* : 1° le recours fondé sur un contrat est assuré; le bénéfice de cession d'actions ne l'est pas; 2° si le créancier a perdu ses actions même par son fait, le débiteur est privé du bénéfice; 3° le créancier, qui cède ses actions, peut exiger le payement intégral; 4° le bénéfice de cession doit être invoqué avant la *litiscontestatio*.

(6) Ainsi s'explique la dénomination des créanciers ou débiteurs solidaires : *duo rei* ou *correi stipulandi, promittendi* (Rubrique des titres au Digeste et au Code. Ulp., *D.*, XXXIV, 3, 3, 3). *Inst.*, III, 16 pr.

(7) Pap., *h. t.*, 9 pr. : *Fiunt duo rei promittendi non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus*. Cf. pour l'*expensilatio*, p. 424, 5; pour le *mutuum*, Diocl.,

ou dans un testament (1). Il y a quelques cas de solidarité légale : entre armateurs d'un navire, entre marchands d'esclaves associés (p. 498).

3. NATURE DE L'OBLIGATION SOLIDAIRE. — *a) Multiplicité des sujets.* — L'obligation solidaire donne lieu à une grave difficulté : le rapport de droit qui en résulte est-il un ou multiple? Il semble que les créances ou les dettes ne forment ici qu'une seule et même obligation, car elles s'éteignent non seulement par le payement, mais aussi par la poursuite en justice. Mais l'unité de l'obligation solidaire est difficile à soutenir (2) : les codébiteurs peuvent être obligés sous des modalités différentes ; l'obligation peut exister à l'égard de l'un, être en suspens à l'égard de l'autre ; l'un peut être tenu d'une obligation civile, l'autre d'une obligation naturelle (3). L'obligation solidaire est donc multiple quant aux sujets (4).

b) Unité de prestation.— Cette conception ne serait pas suffisante pour expliquer comment, en droit classique, la poursuite dirigée contre l'un des codébiteurs éteint la dette à l'égard des autres : l'effet extinctif de la *litiscontestatio* ne peut être opposé par ceux qui n'ont pas été partie au procès ; le codébiteur poursuivi devrait être non recevable à invoquer la *litisc.* engagée avec son codébiteur (p. 878). S'il en est autrement, c'est que les obligations qui ont pris naissance (5) sont unies entre elles par un lien, celui de l'unité de prestation : *una res vertitur* (6). C'est en ce sens que l'obligation est la même pour tous les débiteurs (7), que les créanciers sont *unius loco* (8).

Sous Justinien, le créancier n'a plus à craindre l'effet extinctif de la *litiscontestatio* (p. 892) : il peut agir successivement contre chacun des codé-

C., IV, 2, 5 ; 9 et 12 ; pour la vente et le louage, MARCELL., *D.*, XIX, 2, 47. L'observation de Papinien prouve que cette faculté n'était pas depuis longtemps admise. Cf. MITTEIS, *Die Individualisirung der Obligation*, 1886, p. 59.

(1) CELS., *D.*, XXXI, 16.

(2) D'après WINDSCHEID, II, 293, lorsque la solidarité a été établie par stipulation, l'unité d'acte est certaine. Cette affirmation est contredite par les textes : si l'une des personnes interrogées par le créancier repond de suite et l'autre, le lendemain, la première est seule obligée. (JUL., *h. t.*, 6, 3 ; PROC., 12 pr.) Si un pupille s'oblige solidairement envers deux créanciers, il doit obtenir deux fois l'*auctoritas*. (ULP., *D.*, XXVI, 8, 7, 1.)

(3) FLOR., *h. t.*, 7 ; PAP., *h. t.*, 9, 2 ; JUL., ap. VENUL., *h. t.*, 12, 1.

(4) PAP., *eod.* : *Etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.* Le créancier peut recevoir un fidéjusseur pour un seul des débiteurs (JUL., ap. AFR., *D.*, XLVI, 1, 21, 4). L'un des codébiteurs peut être libéré, lorsque son codébiteur reste tenu (en cas de *capitis deminutio* : POMP., *h. t.*, 19 : de mise en demeure : MARC., *D.*, XXII, 1, 32, 4). Par exception, si la chose périt par le fait de l'un des codébiteurs, l'autre n'est pas libéré (POMP., *h. t.*, 18). Cette exception, difficile à justifier rationnellement, s'explique sans doute par des raisons d'utilité pratique propres aux Romains. Cf. LABBE, *op. cit.*, 32.

(5) ULP., *D.*, XLVI, 1, 5 : *Si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur altera consumeretur.*

(6) *Inst.*, III, 16 pr. ; PAUL., *D.*, II, 14, 9 pr. : *Unum debitum* ; XII, 6, 21 : *Eadem pecunia.* Il n'y a pas identité de prestation dans JUL., *h. t.*, 15 ; PAP., *h. t.*, 9, 1 : *Impar suscepta est obligatio.*

(7) PAP., *D.*, XLV, 1, 116 ; ULP., *D.*, XLVI, 4, 16 ; PAUL., *D.*, XLVI, 8, 14 : *Ejusdem obligationis reus, particeps, socius.*

(8) PAUL., *D.*, II, 14, 9 pr. Ulpien (*D.*, L, 1, 25) dit des magistrats municipaux : *Cum unum magistratum administrant, etiam unius hominis vicem sustinent.*

biteurs jusqu'à parfait payement (1). L'obligation solidaire est à cet égard traitée comme l'obligation *in solidum* (2). C'est un progrès notable, l'abandon d'une règle qui n'avait qu'un intérêt historique. — Justinien a déduit de nouvelles conséquences du principe que l'obligation est la même pour tous les débiteurs : la reconnaissance de la dette par l'un des codébiteurs est opposable aux autres; la prescription interrompue à l'égard de l'un ne court pas à l'égard des autres (3).

§ 4. **Obligations *in solidum*.**— Il y a certains cas où plusieurs personnes sont tenues pour le tout d'une même dette contre leur volonté (4) : tels sont les coauteurs d'un délit (vol, violence, dol) qui sont obligés *in solidum* à réparer le préjudice qu'ils ont causé (5); les tuteurs (6), les mandataires, dépositaires, magistrats municipaux (7), etc., qui ont commis une faute dans la gestion de la tutelle ou dans l'exercice du mandat. Ces obligations ressemblent aux obligations solidaires, en ce que le payement fait par l'un des codébiteurs libère les autres; elles en diffèrent, du moins avant Justinien, en ce que la poursuite dirigée contre l'un d'eux ne libère pas les autres : l'obligation *in solidum* ne s'éteint pas avant que le créancier ait obtenu satisfaction (8).

(1) *C.*, VIII, 40, 28, 2. Le texte ne parle pas de la solidarité active. C'est une question discutée de savoir si le jugement rendu à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires, quant à l'existence de la dette, est opposable aux autres. Cette question, qui ne se conçoit pas à l'époque classique où l'on ne pouvait agir qu'une fois, est résolue affirmativement (pour les rapports du débiteur et de la caution) par un texte interpolé (Pomp., *D.*, XII, 2, 42, 3). Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 825, 5.

(2) La distinction des deux sortes d'obligations n'a pas pour cela disparu : l'intérêt subsiste quant à l'effet d'un acte interruptif de la prescription accompli à l'égard de l'un des codébiteurs, peut-être aussi quant à l'effet du jugement rendu contre l'un d'eux sur l'existence de la dette.

(3) *C*, VIII, 39, 4. Cf, C. civ. 1206. La même règle est appliquée à la solidarité active, mais non à l'obligation *in solidum*.

(4) D'après Jhering (*Jahrb.*, XXIV, 149), l'obligation *in solidum* existerait activement dans quelques cas, par exemple lorsqu'un père lègue à sa fille la dot promise au mari : Jul., *D.*, XXX, 84, 6; Ulp., XXIII, 3, 29. Cf. Pellat, *Dot*, 134.

(5) Diocl., *C.*, IV, 8, 1; Ulp., *D.*, IV, 2, 14, 15; IV, 3, 17 pr.

(6) Jul., *D.*, XXVI, 7, 18, 1. Cf. Alex., *C.*, V, 55. 2.

(7) Scæv., *D.*, XVII, 1, 60, 2; Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 43. Paul, *D.*, XXVI, 7, 45. La question était discutée, au début du IIe siècle, pour le commodat et le louage. Cels., ap. Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 15.

(8) Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 43 : *Non enim electione sed solutione liberantur.* On a cherché de diverses manières à expliquer cette différence. Ceux qui affirment l'unité de l'obligation solidaire déclarent qu'il y a ici pluralité d'obligations; d'autres ont cru y trouver une règle de la solidarité conventionnelle spéciale aux contrats de bonne foi. (Demangeat, *Des obligations solidaires*, 1859; Hauriou, *N. R. H.*, VI, 219; Accarias, II, 162.) Cette opinion ne peut se concilier ni avec Pap., *h. t.*, 9 pr. qui vise les contrats de bonne foi, ni avec Diocl., *l. c.* qui applique la même règle aux codébiteurs tenus de la *condictio furtiva.* D'autres enfin suppriment la difficulté en considérant comme interpolés les textes qui écartent l'effet extinctif de la *litiscontestatio* ; il serait dès lors inutile de distinguer les obligations solidaires et les obligations *in solidum.* (Ascoli, *Bull. dir. R.*, IV, 287: Eisele, *Arch. civ. Pr.*, LXXVII, 374; Ferrini, *Manuale di Pandette*, 1901, p. 556). Mais il n'est pas prouvé que tous les textes aient été altérés (cf. Eisele, p. 458); puis, entre ces deux sortes d'obligations, il y a, à notre avis, autre chose qu'une différence de procédure. (Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 820, 824.) L'obligation au tout a, dans un cas, pour cause l'identité de prestation; dans l'autre, la responsabilité collective motivée par une faute commise en commun. Rigoureusement, chacun des codélinquants est aussi coupable que s'il avait seul commis la faute; on pourrait exiger de chacun séparément la réparation de la faute commise, mais cette conséquence, admise pour certaines actions pénales, a été écartée pour l'action en indemnité, par une raison d'équité. Sabiniens et Proculiens furent d'accord pour refuser à la victime le

Cette solution n'était pas seulement la plus équitable, elle était aussi la meilleure en théorie. Dans l'obligation *in solidum*, les codébiteurs sont tenus de prestations différentes, car ces prestations ont pour cause une faute qui leur est personnelle et dont la gravité varie suivant les individus. Mais toutes ces prestations tendent au même but, la réparation du préjudice; tant que ce but n'est pas atteint, l'obligation subsiste. De là des différences entre les effets de l'obligation *in solidum* et ceux de l'obligation solidaire.

Pour éteindre l'obligation solidaire, il suffit d'un acte qui supprime la prestation que la volonté des parties ou du testateur a rendue identique. L'obligation *in solidum* ne s'éteint que par les actes qui impliquent une satisfaction donnée au créancier : payement, dation en payement, offres réelles suivies de consignation, compensation, délégation (1). Il n'en est pas de même du pacte de remise, qui n'a en général qu'un effet personnel.

Le droit d'agir pour le tout peut être écarté, dans l'obligation *in solidum*, par l'effet du bénéfice de division : ce bénéfice est réservé aux débiteurs tenus d'une action de bonne foi qui n'ont commis aucun dol (2). Le débiteur *in solidum* peut aussi, lorsqu'il paye toute la dette et qu'il est exempt de dol, invoquer le bénéfice de cession d'actions (3).

V. Sources des obligations.

On appelle source d'une obligation le fait juridique qui lui donne naissance. En droit moderne, les obligations dérivent de deux sources principales : les délits et les conventions. Le délit est tout fait illicite qui cause un dommage à autrui et qui est commis avec intention de nuire. La convention exige simplement un accord entre les parties.

A Rome, le délit est un fait générateur d'obligation, mais on ne considère comme tel que le fait dommageable à autrui prévu par la loi. D'autre part l'intention de nuire n'est pas toujours nécessaire : le dommage causé par une simple faute est un délit d'après la loi Aquilia.

A Rome, l'accord des parties *(nuda pactio)* ne suffit pas en général pour créer une obligation : la convention doit être faite dans une forme solennelle. Cette règle a reçu diverses exceptions : elle n'en a pas

droit d'exiger deux fois la réparation du préjudice ; ils se divisèrent sur le moyen à employer : tandis que Labéon applique ici l'effet extinctif de la *litiscontestatio* (Ulp., *D.*, XLIII, 24, 15, 2), Sabinus fit prévaloir la règle d'après laquelle la satisfaction seule, fournie par l'un des coobligés, libère les autres. (Paul., *D.*, XXVII, 6, 8; Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 13.)

(1) Il y a doute pour la novation. D'après *Inst.*, II, 1, 41, l'*expromissio* est un mode de satisfaction. D'après Ulp., *D.*, XXVII, 3, 15, la transaction faite avec l'un des cotuteurs ne profite pas à l'autre ; or la transaction se réalise par une stipulation novatoire (p. 566) : on en conclut que la novation a un effet personnel. Cf. Gérardin, *loc. cit.*, 402.

(2) Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 11-12; Pap., *D.*, XXVII, 7, 7; Marcel., *D.*, XVI, 3, 22.

(3) A défaut de cession, Antonin le Pieux permet au tuteur d'exercer une action utile contre son cotuteur. Ulp., *l. c.*, 1, 13-14.

moins subsisté de tout temps. Voici quel a été sur ce point le développement du droit.

§ 1er. **Actes solennels.** — 1. *Damnatio.* — Au temps des Douze Tables, il est de principe qu'un citoyen ne peut être obligé qu'en vertu d'un acte solennel contenant une *damnatio*. Tel est le cas du *judicatus* et du *nexus*. La *damnatio* est une déclaration qui émane ordinairement d'un juge prononçant une condamnation ou d'un citoyen accomplissant un *nexum*. Elle peut aussi émaner d'un magistrat lorsqu'un débiteur avoue sa dette en sa présence (*æris confessus)* (1); des pontifes en cas d'inaccomplissement d'un vœu *(voti damnatus)* (2), du peuple en cas de legs *per damnationem*, ou lorsqu'il condamne un criminel à une peine pécuniaire (3). Les sources des obligations sont à cette époque peu nombreuses : les principales sont les actes illicites (injure, vol, *noxia)*, et le prêt ou, plus généralement, l'acte *per æs et libram*.

2. Actes formés *verbis* ou *litteris*. — Dans la période postérieure, à partir d'une époque qu'on ne saurait préciser, vraisemblablement le milieu du ve siècle de Rome, apparaît une forme d'acte sans *damnatio* et qui sert à rendre ferme une promesse, au moyen d'une solennité verbale : c'est la stipulation, qui crée une nécessité de donner.

Bientôt après ou peut-être en même temps, on rencontre trois autres formes d'acte qui imposent également la nécessité de donner. Deux d'entre elles exigent, comme la stipulation, la prononciation de paroles solennelles : le serment promissoire des services d'un affranchi et la *dotis dictio*. La troisième, d'une plus large application, est l'*expensilatio* dont la solennité est littérale et non plus verbale. L'écriture joue désormais un rôle dans la formation des obligations.

§ 2. **Actes non solennels.** — 1. Enrichissement injuste. — Au cours du vie siècle, le droit civil admet pour la première fois qu'une obligation peut se former sans solennité : en cas d'enrichissement injuste. Il attribue une valeur juridique à un devoir consacré par l'usage des honnêtes gens, celui de ne pas retenir injustement le bien d'autrui; il le sanctionne par une *condictio* (4).

Les trois plus anciennes applications de cette *condictio* sont relatives au *mutuum*, au payement de l'indû, au vol.

2. Pactes prétoriens. — A l'exemple du droit civil, l'Édit du Préteur admet qu'une obligation peut se former sans solennité. Il a fait l'application de cette idée à certains cas où une personne abuse de la confiance d'autrui. Il considère cette personne comme obligée à réparer le préjudice causé, et sanctionne l'obligation par une action pénale

(1) Gell., XX, 1 ; XV, 13.
(2) P. 412, 4.
(3) La *damnatio*, votée par le peuple, était suivie de la *judicatio* par laquelle le magistrat fixait le montant de l'amende : *pecuniæ judicare* (Liv., XXVI, 3).
(4) P. 535, 5.

in factum. Tel fut le caractère originaire de l'action qui sanctionne les pactes prétoriens de constitut, *receptum*, serment, et de celle que donne le Préteur en cas de dépôt ou de commodat. A l'époque classique la nature de ces actions s'est modifiée, et l'obligation qu'elles sanctionnent a pris, plus ou moins complètement, un caractère contractuel.

3. Actes impliquant des engagements réciproques. — Ces actes diffèrent de ceux que le droit romain avait jusqu'alors consacrés, quant à leur formation et quant à leur sanction.

a) Ce sont des actes non solennels : il suffit, pour leur formation, de l'accord de volontés des parties ou de la remise d'une chose en vue d'atteindre un but économique ou social déterminé. C'est par ce but qu'ils se distinguent les uns des autres et acquièrent une individualité propre, caractérisée par un nom spécial. Ce ne sont pas, comme les actes juridiques anciens, des formes abstraites pouvant servir aux fins les plus diverses. Leur nombre a progressivement augmenté, mais il est resté limité : la coutume n'a consacré que les actes qui ont paru nécessaires aux besoins de la vie sociale. Sous la République, on en compta d'abord sept : la tutelle, la restitution de la dot, la fiducie, le mandat, la société, la vente et le louage (1). On y joignit ensuite la gestion d'affaires, le commodat, le dépôt, le gage.

b) Tous ces actes sont, à l'époque classique, sanctionnés par des actions civiles de bonne foi. Le juge a des pouvoirs très larges pour apprécier les rapports des parties. C'est là une grave innovation. On a essayé de l'expliquer en disant qu'on a étendu aux actes impliquant des engagements réciproques l'usage du recours aux arbitres consacré par les Douze Tables pour les actions en partage, en bornage. Mais pourquoi l'a-t-on fait pour ces actes et non pour d'autres? Et surtout pourquoi ces arbitres sont-ils invités à statuer *ex fide bona*? Ces deux questions, dont la seconde est particulièrement importante, restent sans réponse. La solution doit, à notre avis, être cherchée dans l'analyse de la clause *ex fide bona*.

La bonne foi, qui sert de critérium au juge, n'est autre chose que l'usage des honnêtes gens, l'usage suivi à Rome par les bons citoyens (2). Cet usage fut, à l'origine, sans valeur juridique ; ce défaut de sanction parut regrettable pour les actes impliquant des promesses réciproques. La violation de la foi promise est ici d'autant plus grave que chacune des parties peut dire qu'elle a engagé sa foi en considération de l'engagement de l'autre.

Pour suppléer au défaut de sanction, les parties s'entendent pour confier à un homme de bien pris pour arbitre (3) le règlement des difficultés que peut soulever l'exécution de leurs engagements (4). Le rôle

(1) Q. Muc., ap. Cic., *De off.*, III, 17.

(2) On l'oppose à la *fides græca* ou *punica*, dont les Romains se défient. Liv., XLII, 47 : *Hæc romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Græcæ*.

(3) L'*arbitrium* en matière de vente existait au milieu du VIe siècle, au temps de Sextus Ælius (Cels., *D.*, XIX, 1, 38, 1); en matière de louage, au temps de Caton l'ancien, mort en 605 (*R. r.*, 144 : *Id viri boni arbitratu deducetur*.)

(4) Cato, *R. r.*, 149 : *Si quid emptor... domino damni dederit, boni viri arbitratu resolvat. Si quid dominus... emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur*. Cf. Proc., *D.*, XVII, 2, 76 : *Ut ad boni viri arbitrium redigi debeat*.

de cet arbitre est très différent de celui du juge (1). Le juge doit s'en tenir aux termes de l'affirmation contenue dans l'action de la loi; le plus souvent, il se borne à dire si elle est vraie ou fausse : parfois, il condamne le défendeur à payer soit la somme réclamée, soit le montant de la peine fixée à forfait par la loi ou par les parties; tout au plus a-t-il à estimer la valeur vénale de la chose qui donne lieu au procès.

Bien autrement large est la mission de l'arbitre : il recherche si l'acte qui lui est soumis a été formé honnêtement, si la confiance de l'une des parties n'a pas été surprise par la malice de l'autre (2); il examine si chacun des contractants a exécuté sa promesse loyalement d'après le but commun qu'ils se proposaient d'atteindre (3), et suivant l'usage des honnêtes gens (4), ou, comme on l'a dit plus tard, de bonne foi. Enfin, l'arbitre fixe la nature et le montant de la prestation qui incombe à l'une et à l'autre des parties, en tenant compte de toutes les circonstances qui peuvent servir à l'atténuer (5).

L'arbitre jouissait, à l'origine, d'un pouvoir discrétionnaire (6). Les Prudents ont limité ce pouvoir en rédigeant des formulaires d'actes où l'on entrait dans les détails les plus minutieux. Il y eut ainsi des clauses de style qui plus tard furent considérées comme étant de la nature de l'acte.

La sentence arbitrale n'avait par elle-même qu'une valeur morale, mais les parties pouvaient la rendre juridiquement obligatoire en demandant au Préteur une formule conférant au juge un large pouvoir d'appréciation (p. 850).

L'arbitrage d'un homme de bien ne doit pas être confondu avec l'arbitrage en vertu d'un compromis (p. 515) : dans le premier cas, l'arbitre doit observer l'ensemble des règles qui forment l'usage des honnêtes gens; dans le second, il se décide en toute liberté; équitable ou non, sa sentence doit être obéie (7).

L'usage du *boni viri arbitrium* n'a pu se former que dans les rapports entre personnes échangeant entre elles de bons offices (amis,

(1) Cic., *p. Q. Rosc.*, 4 : *Judicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ... Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex... Quid est in arbitrio? Mite, moderatum.* Fest.. *h. v°* : *Arbiter dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem.*

(2) La malice consiste à engager sa foi avec l'intention de tromper la confiance de celui avec qui l'on traite. (Gell., VII, 11; Plaut., *Aul.*, 173; *Amph.*, I. 1, 113.) Tel est le cas où le vendeur d'un immeuble ne déclare pas les vices cachés qu'il connaît : *A jurisconsultis etiam reticentiæ pœna est constituta.* (Cic., *De off.*, III, 10.)

(3) Cic., *p. Rosc. Am.*, 38; Plaut., *Asin.*, I, 1, 109; Serv., ap. Lab., *D.*, XVIII, 1, 80, 2; Alf,, ap. Paul., *eod.*, 40, 3; Lab., ap. Jav., *eod.*, 77.

(4) Le contrôle exercé par les censeurs sur la vie privée et publique des citoyens favorisa l'établissement d'un ensemble de règles de conduite qu'on devait observer pour éviter un blâme public. Ces règles, surtout utiles pour les actes qui n'étaient pas régis par la loi, formaient l'usage des honnêtes gens. (Cic., *De off.*, III, 17 : *Ut inter bonos bene agier oportet*). Il est souvent question de *boni mores*, *bonus vir*, *bona fides*, *bonus paterfamilias* : inscription de la fin du ve siècle (*C. I. L.*, I, 32); décret du sénat de 550 (Liv., XXIX, 19); Cato, *R. r.*, 144, 145, 148, 149; Varr., ap. Non. Marc., v° *Patella*; Gell., XIV, 2; Cic., *De off.*, I, 34.

(5) Cic., *p. Q. Rosc.*, 4 : *Ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus, consequamur.* Cf. Paul., *D.*, XVIII, 1, 57 pr.

(6) Sen., *De ben.*, III, 7.

(7) Proc., *D.*, XVII, 2, 76 : *Ut sive æquum sit, sive iniquum, parere debeamus.*

voisins ou collègues). Avec le temps, cet usage fut généralisé et devint celui des bons citoyens. Les règles, consacrées par les arbitres, acquirent force de loi à titre de coutume. Les actes impliquant des engagements réciproques furent sanctionnés par une action civile dans laquelle le juge conserva le mode d'appréciation propre à l'arbitre et fut chargé de statuer conformément à la bonne foi (1).

La consécration par la coutume des usages des honnêtes gens eut pour conséquence d'élargir la fonction du droit et le rôle de la jurisprudence. Le droit n'a plus simplement pour objet la répression des torts : il tend à assurer l'exécution de certains devoirs sociaux. Anciennement on ne pouvait placer sous la garantie de l'État que des droits actuellement existants et rigoureusement déterminés dans leur étendue. Désormais le droit protège des devoirs dont la naissance est subordonnée à une condition ou dont l'étendue sera fixée ultérieurement suivant les circonstances.

En même temps, une tâche nouvelle s'impose à la jurisprudence : les jurisconsultes ont à formuler des règles sur l'exécution des engagements, en s'inspirant de celles que les philosophes ont établies pour l'accomplissement des devoirs; ils ont à rechercher celles qui peuvent être accueillies par le droit et comportent une sanction légale. C'est ainsi qu'aux derniers siècles de la République, le droit a reçu une si grande extension.

§ 3. **Contrats et délits.** — Au début de l'Empire, la jurisprudence classe les obligations d'après leur mode de formation : les unes résultent d'un délit; les autres, soit d'un acte matériel impliquant la prononciation de certaines paroles comme la stipulation, ou la remise d'une chose comme le *mutuum* et le payement de l'indû, soit d'un acte synallagmatique comme la vente ou le louage (2).

Cette classification était très imparfaite. Si Labéon s'en contente. Pedius en fait la critique et réussit à la perfectionner : tandis que Labéon, s'attachant à un critérium purement externe, distingue entre la stipulation ou le *mutuum* et la vente, et met sur la même ligne le payement de l'indû et le prêt, Pedius recherche le critérium interne qui servira de base à la classification. Il fait observer que la stipulation n'est pas d'une autre nature que la vente, car elle implique un accord de volontés, une convention; elle est donc un contrat, puisqu'elle est sanctionnée par une action (3). On oppose dès lors aux obligations délictuelles celles qui proviennent d'une convention sanctionnée par le droit civil : cette convention reçoit le nom de contrat (4).

L'adoption du critérium, proposé par Pedius, eut pour effet d'exclure de la classification les obligations qui résultaient, non d'un délit

(1) Cic., *p. Q. Rosc.*, 4 : *Quantum æquius melius, id dari.*
(2) Lab., ap. Ulp., *D.*, L, 16, 19. Cf. *Inst.*, III, 14, 1.
(3) Ap. Ulp., *D.*, II, 14, 1, 3. Cf. Pomp., *D.*, XLVI, 3, 80; Ulp., *D.*, XLV, 1, 1, 3 : *Stipulatio contracta.* *Contrahere* se dit d'un *negotium* quelconque, obligatoire ou non : *damnum* (*D.*, XXVI, 7, 57 pr.), *culpam* (*D.*, III, 5, 31, 2), *delictum* (*D.*, I, 3, 1), *nuptias* (*D.*, XXIII, 1, 11), *sponsalia* (*eod.*, 14). Seul le testament est excepté (*D.*, L, 16, 20).
(4) Gaius, III, 88. Cf. sur le sens originaire de *contractus*, Bonfante, *Storia*, I, 431.

ou d'un contrat, mais d'un acte licite, tel que le payement de l'indû, ou d'un acte illicite d'après l'édit du Préteur (1). Aussi Gaius, qui, dans ses commentaires, déclare que toute obligation provient d'un contrat ou d'un délit, reconnaît-il ailleurs qu'on peut également être tenu *proprio quodam jure,* en vertu de causes diverses réparties en deux groupes : le premier comprend les cas où l'on est obligé *quasi ex contractu;* le second, ceux où l'on est obligé *quasi ex delicto.* A vrai dire, ces obligations sont imposées par la loi, mais comme elles produisent des effets analogues à ceux des contrats ou des délits, on les appelle obligations quasi-contractuelles ou quasi-délictuelles.

A ces nouvelles causes d'obligations, il faut joindre les pactes prétoriens (2), les contrats innommés et les pactes adjoints aux contrats.

La distinction des obligations contractuelles et délictuelles est importante à plusieurs points de vue : *a*) les premières sont transmissibles aux héritiers; les secondes ne se donnent pas contre les héritiers de l'auteur du délit (3); *b*) le chef de famille n'est tenu des obligations contractées par son fils ou par son esclave que dans les cas où l'on donne contre lui une action *adjectitiæ qualitatis;* il n'est pas obligé par leurs délits, mais il peut être tenu de faire l'abandon noxal; *c*) lorsqu'il y a pluralité de débiteurs, chacun d'eux est tenu pour sa part virile des obligations contractuelles, *in solidum* des obligations délictuelles.

La distinction des contrats et des délits n'a d'ailleurs pas toujours eu le même sens qu'en droit moderne; elle n'a pas non plus la même netteté. Cela tient à ce que les Romains ont pendant longtemps considéré les obligations délictuelles comme destinées, non pas seulement à indemniser la victime du préjudice qu'elle a subi, mais surtout à infliger une peine. Bien qu'ils se soient efforcés, à l'époque classique, de séparer l'indemnité de la peine, ils n'y ont pas réussi complètement : on trouve des traces de la confusion primitive dans l'action de la loi Aquilia et dans l'action *quod metus causa* (p. 582, 7).

§ 4. **Pollicitation.** — Il y a deux cas où la simple promesse est obligatoire, indépendamment de toute convention (4) :

(1) La *rapina* fait exception : on la range parmi les délits (Gaius, III, 182), sans doute parce que c'est une simple variété du *furtum* (p. 566, 1).

(2) S'ils ne figurent pas dans la classification de Gaius, cela vient sans doute de ce que l'obligation née du pacte de constitut ou de serment eut d'abord un caractère délictuel, comme celle qui résulte du *receptum nautarum.* Lorsque plus tard on attribua à cette obligation un caractère contractuel, on chercha à élargir la classification précédemment admise, mais sans aboutir à un résultat satisfaisant. Mod., *D.*, XLIV, 7, 52 pr. : *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* Cette classification est loin d'avoir la netteté de celle de Gaius : certains termes se confondent, comme *necessitas* et *lex;* d'autres sont un vestige d'une doctrine condamnée par Pomponius : lorsqu'un *mutuum* est suivi d'une stipulation, l'obligation ne se forme pas *re et verbis* ou *conjunctim*, mais uniquement *verbis. D.*, XLVI, 2, 6, 1; 7.

(3) Paul, *D.*, XLIV, 7, 49. Gaius, *D.*, L, 17, 111, 1.

(4) Ulp., *D.*, L, 12, 3 pr. : *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.* Si l'on n'exige pas un accord formel, la pollicitation suppose une acceptation tacite. En fait, le projet de donation à une cité était communiqué aux magistrats, au sénat et au peuple. Cf. G. Brini, *La bilateralità delle* pollicitationes *ad una* respublica *e dei* vota, 1908.

1° La promesse faite à une cité pour une juste cause, par exemple pour un honneur conféré ou à conférer (1). La promesse faite à une cité sans juste cause devient obligatoire, dès qu'il y a eu un commencement d'exécution (2). Mais si le promettant est devenu pauvre, il n'est tenu de contribuer à l'achèvement des travaux que jusqu'à concurrence de 1/5 de sa fortune; s'il meurt et que ses biens ne suffisent pas pour acquitter la libéralité, ses héritiers externes ne seront obligés que pour 1/5 des biens du défunt; ses enfants, pour 1/10 (3).

2° La promesse faite à une divinité sous forme de vœu. La valeur juridique des vœux paraît avoir été restreinte, sous l'Empire, à ceux qui intéressent une cité (4). Les citoyens pubères *sui juris* sont seuls capables de s'obliger par un vœu ; les fils de famille, les esclaves doivent obtenir l'*auctoritas* du père ou du maître (5). Le vœu ne suffit pas pour rendre sacrée la chose promise : il faut qu'il soit exécuté. L'obligation est transmissible aux héritiers.

§ 5. **Bas-Empire.** — La règle qui refuse toute valeur au simple pacte subsiste, mais on ne l'applique pas aux nouveaux contrats, emphytéose, recommandation *(suffragium)*, innommés. Les constitutions impériales l'ont écartée pour la donation et la constitution de dot : le simple pacte est ici directement sanctionné par la loi *(pacte légitime)*. La distinction entre le pacte et le contrat est d'ailleurs très atténuée depuis que la stipulation n'exige plus de paroles solennelles.

CHAPITRE II

Notions générales sur les contrats.

Le contrat est une convention créatrice d'obligation et sanctionnée par le droit civil (6). C'est une convention, c'est-à-dire un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes (7). Cette convention est créatrice d'obligation (8), par opposition aux conventions qui ont pour

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 1; Paul, 7. Sur les conditions requises pour changer l'affectation de la promesse, cf. Ed. Cuq, *Une fondation en faveur de la ville de Delphes en 315 de notre ère* (*Rev. de philol.*, 1911, XXXV, 183.)

(2) Ulp., *eod.*, 1, 2 et 4; 3 pr.

(3) Pius, Sev., Anton., ap. Mod., *eod.*, 9. (p. 860, 2).

(4) Le seul texte qui s'y rapporte au Digeste est inséré au titre relatif aux promesses faites en faveur des cités : *D.*, L, 12, 2 pr. Cf. Brini, nos 38-44.

(5) L'application du droit commun aurait eu ici des inconvénients : l'étendue de l'obligation du fils aurait pu être limitée en vertu de l'Edit; l'exécution retardée jusqu'au jour où le fils serait devenu *sui juris*. On a préféré annuler la promesse lorsque le père refuse d'en assurer l'exécution complète et immédiate, en donnant son *auctoritas*.

(6) Le mot contrat eut d'abord une acception plus restreinte : il désigna un acte synallagmatique (p. 389, 6) Mais Gaius, Papinien, Paul et Ulpien donnent à ce mot une large acception. *D.*, XLIV, 7, 4; 49; L, 3, 1; V, 1, 20; XII, 5, 2, 2

(7) Ulp., *D.*, II, 14, 1, 2. Le principe de la liberté des conventions souffre quelques exceptions : une stipulation peut en certains cas être imposée par le magistrat ou par le juge. *Inst.*, III, 18; *D.*, XLVI, 5.

(8) Il n'y a pas contrat là où il n'y a pas volonté de s'obliger. Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 7 : *Qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit... mandati non teneri.*

objet d'éteindre ou de modifier un droit : la convention est le genre (1), le contrat est l'espèce. Le contrat seul est sanctionné par le droit civil (2) : c'est là une différence avec le droit moderne. Aujourd'hui les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civil 1134) : on peut en réclamer l'exécution en justice. A Rome le simple pacte, conclu entre citoyens romains, n'est pas sanctionné par une action (3).

I. Diverses sortes de contrats.

Les contrats sont solennels ou non solennels, synallagmatiques ou unilatéraux, de droit strict ou de bonne foi.

1. Contrats solennels et non solennels. — L'ancien droit ne sanctionnait que des conventions revêtues d'une forme solennelle : *nexum*, contrats *verbis* ou *litteris*. Mais à la fin de la République et au début de l'Empire, le droit civil sanctionna divers contrats qui se formaient sans solennité : les contrats réels et les contrats consensuels (4).

Les premiers se forment *re :* ils supposent la remise préalable d'une chose que le débiteur est tenu de restituer, suivant les cas, soit en nature, soit en équivalent. Sous Justinien, ces contrats sont au nombre de quatre : *mutuum*, commodat, dépôt et gage. Il y en avait anciennement un cinquième, la fiducie.

Les seconds tirent leur nom de ce que le consentement suffit pour leur formation (5) : ce sont de simples pactes qui, par exception, ont été élevés au rang de contrats. Ils sont également au nombre de quatre : vente, louage, société, mandat. Depuis Zénon, il y en a un cinquième, l'emphytéose.

A ces deux classes de contrats non solennels, il faut joindre un certain nombre de conventions qui ont été successivement sanctionnées par la jurisprudence : ce sont des pactes synallagmatiques qui ne deviennent obligatoires que lorsqu'ils ont été exécutés par l'une des parties. Ces nouveaux contrats, qui n'ont pas reçu de dénomination technique, sont appelés par les interprètes contrats innommés.

2. Contrats unilatéraux, synallagmatiques. — L'ancien droit ne connaissait que des contrats unilatéraux. Les contrats synallagmatiques n'ont été sanctionnés par le droit civil que depuis les derniers siècles de la République.

Un contrat est unilatéral lorsqu'il oblige une seule des parties ; il est synallagmatique lorsqu'il engendre des obligations à la charge et au profit de chacune des parties. Dans le contrat unilatéral, il n'y a qu'un

(1) Ulp., *D.*, II, 14, 1, 3. Les conventions, qui ont pour objet un droit réel ou de famille, ne sont pas en général créatrices d'obligations.

(2) La convention sanctionnée par le Préteur n'est qu'un pacte prétorien.

(3) Paul, II, 14, 1 : *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non oritur.*

(4) Il faut y joindre, au Bas-Empire, le contrat *de suffragio*, par lequel une personne qui sollicite une faveur de l'empereur promet à l'intermédiaire qui se charge d'appuyer la demande une valeur déterminée en cas de réussite. Cette convention, réprouvée par Julien (*C. Th.* II, 29, 1), fut validée par Théodose Ier (*C.* IV, 3, 1). Bien que le texte vise ceux qui *se sponsione constrinxerint*, il est peu vraisemblable qu'on exige ici une stipulation : la convention est qualifiée *placitum*.

(5) Gaius, III, 136.

débiteur et un créancier : tel est le contrat de prêt *(mutuum)*. Dans le contrat synallagmatique, chacune des parties est à la fois créancière et débitrice de l'autre : le vendeur, par exemple, est débiteur de la chose, créancier du prix ; l'acheteur, débiteur du prix, créancier de la chose.

Dans les trois contrats de vente, louage, société, la réciprocité des obligations est de l'essence du contrat. Il en est autrement dans le mandat, la fiducie, le commodat, le dépôt : la réciprocité n'est qu'accidentelle. Une seule des parties est immédiatement obligée par le contrat; l'autre ne sera tenue que suivant les circonstances ; il peut se faire qu'elle ne le soit pas du tout. Le mandataire par exemple est obligé d'exécuter la mission qu'il a acceptée; s'il a fait des dépenses pour l'exécution du mandat, le mandant peut être tenu de l'indemniser. On appelle ces contrats synallagmatiques imparfaits : la dénomination est moderne, mais la chose est ancienne. Ces contrats sont les seuls qui, à l'époque classique, donnent lieu à une action *contraire* (1) : l'obligation qui découle immédiatement de ces contrats est sanctionnée par une action directe ; l'obligation qui se forme éventuellement, par une action contraire.

Justinien a étendu l'usage de l'action contraire au gage et à la tutelle. Dans ces deux cas, le droit classique admettait seulement un *contrarium judicium* (p. 882) : le juge était invité à apprécier les créances réciproques des parties et autorisé, le cas échéant, à condamner le demandeur (2).

3. Contrats de droit strict, contrats de bonne foi. — Les contrats sont de droit strict ou de bonne foi suivant la nature de l'action qui les sanctionne. Il n'y a que trois contrats qui donnent lieu à un *judicium strictum* : le *mutuum*, la stipulation, l'*expensilatio* (3). Tous les autres donnent lieu à un *judicium bonæ fidei*. Cette distinction des contrats est, sous l'Empire, moins tranchée que par le passé (4). Elle a même été atténuée par l'introduction de la clause de dol dans la formule de la stipulation.

(1) Les actions contraires ont été créées pour donner à un débiteur le moyen de se faire tenir compte des impenses faites sur la chose qu'il est tenu de restituer : on a voulu le protéger contre la négligence ou le mauvais vouloir du juge d'une action de bonne foi (Gaius, *D.*, XIII, 6, 18, 4). Antérieurement on arrivait au même résultat, soit par des règles coutumières ou législatives comme celles qui régissent les rétentions dotales, soit par des clauses spéciales dont les *leges locationis* de Caton (*R. r.*, 144, 145) offrent des exemples. Là où ces clauses n'étaient pas possibles en raison des relations d'amitié existant entre les parties (fiducie, mandat, commodat, dépôt), l'usage s'établit de donner au débiteur une action contraire.

(2) Le *contrarium judicium* n'entraînait pas l'infamie et ne donnait pas lieu au serment *in litem*, parce que le défendeur ne s'était laissé poursuivre que pour faire valoir sa créance contre le demandeur. On ne pouvait lui reprocher sa perfidie (Ulp., *D.*, III, 26, 7 ; XVI, 3, 5 pr.). Appliquée par les compilateurs à l'action contraire, cette règle n'est plus justifiée ; elle est fausse dans un cas particulier : l'action contraire de mandat, exercée par un fidéjusseur, entraîne l'infamie (Ulp., *D.*, III, 2, 6, 5).

(3) On remarquera que les contrats de droit strict sont unilatéraux, tandis que les contrats de bonne foi sont synallagmatiques, parfaits ou imparfaits.

(4) Bien que la distinction se soit développée avec la procédure formulaire, elle a son importance quant au fond du droit ; on a appliqué aux contrats une division faite d'abord pour les actions. 1° Ce qui caractérise le contrat de bonne foi, c'est le

II. Formation et validité des contrats.

§ 1er. Formation des contrats. — Deux conditions sont requises : l'une relative au consentement, l'autre à l'objet. Celle-ci est déjà connue; l'objet du contrat doit présenter les mêmes caractères que l'objet de l'obligation. Quant au consentement, c'est un élément essentiel à tout contrat : il faut que les parties soient en communauté de sentiments *(cum sentire)*.

Sauf pour les contrats *verbis*, il n'est pas nécessaire que les parties soient présentes : elles peuvent manifester leur consentement d'une manière quelconque, expressément ou tacitement, par un signe de tête, par lettre ou par messager (1). Le *nuntius* n'est pas un représentant : c'est plutôt le porte-voix de l'expéditeur (2).

Il y a certains cas où l'accord des volontés n'existe qu'en apparence : si l'un des contractants est fou; s'il a manifesté sa volonté *per jocum;* s'il y a erreur sur l'identité de l'objet du contrat *(error in corpore)* : chacune des parties a eu en vue un objet différent; s'il y a erreur sur la nature du contrat : l'une des parties entend faire un dépôt, l'autre recevoir un prêt; s'il y a erreur sur la personne avec laquelle on entend contracter *(error in persona)* (3). Cette erreur, très rare dans la pratique (4), ne se conçoit pas dans la stipulation où les parties sont en présence l'une de l'autre. Dans tous ces cas, le contrat est nul parce que l'accord n'a pu se produire.

Il en est autrement lorsque l'erreur porte sur la *substance* de la chose, par exemple, lorsqu'on achète un objet en cuivre, croyant qu'il est en or. L'erreur ici affaiblit le consentement sans le détruire; elle constitue, en droit moderne, un vice du consentement (5). A Rome, elle n'a jamais été prise en considération ni dans la stipulation, ni dans le

pouvoir d'appréciation accordé au juge : *a*) Le juge peut allouer des intérêts sans qu'il y ait mise en demeure; il peut aussi tenir compte des fruits. *b*) La responsabilité du dol et de la faute est plus large. 2° C'est à la fin du procès que le juge détermine l'étendue du droit du demandeur, la prestation à effectuer par le défendeur. Dans le contrat de droit strict au contraire, le juge doit se conformer rigoureusement aux termes de la *condemnatio* contenue dans la formule : l'étendue du droit du demandeur est par suite fixée d'avance d'après les termes du contrat. 3° Anciennement, dans les contrats de droit strict, le juge ne pouvait tenir compte que du fait matériel qui lui était soumis : numération des écus, paroles, écriture ; il n'avait pas à rechercher si le débiteur avait été victime d'un dol ou d'une violence. Depuis la fin du VIIe siècle de Rome, le Préteur peut, en insérant dans la formule une *præscriptio pro reo*, plus tard une exception, subordonner la condamnation du défendeur à l'absence d'un dol ou d'une violence. Dès lors, le défendeur fut dans tous les cas, protégé contre une demande contraire à l'équité. La seule différence qui subsiste est de pure forme : dans les contrats de bonne foi, l'exception de dol est sous-entendue, dans les contrats de droit strict, le défendeur doit en demander l'insertion dans la formule (p. 392, 10).

(1) Lab., ap. Paul, *D.*, II, 14, 2 pr. Gaius, III, 136; Mod., *D.*, XLIV, 7, 52, 10. Souvent on rédige un écrit pour constater l'acte qui vient d'être conclu : cet écrit n'est qu'un moyen de preuve. Gaius, *D.*, XXII, 4, 4.

(2) Paul, *D.*, XIII, 5, 15 : *Ministerium tantum... præstare videtur.*

(3) Ulp., *D.*, XII, 1, 18, 1; Cels., *eod.*, 32.

(4) Si elle est provoquée par un tiers, ce tiers est passible de l'action *furti* : Ulp., *D.*, XLVII, 2, 52, 21; Paul, *eod.*, 66, 4.

(5) Code civil, a. 1110; Code civil allemand, a. 119. Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 12.

gage (1); elle ne l'a pas été dans la vente jusqu'à la fin du IIe siècle (2). Mais Ulpien proteste contre cette doctrine : il admet que l'erreur sur la substance entraîne la nullité de la vente. Ulpien entend d'ailleurs le mot substance d'une façon très étroite : c'est la matière dont la chose est formée (3). Si Ulpien ne laisse pas au juge la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, ce qui constitue la substance d'une chose, c'est qu'à son avis la volonté de l'acheteur n'est pas seulement affaiblie, viciée par l'erreur sur la substance : elle est détruite (4).

§ 2. **Conditions de validité.** — Ces conditions sont les unes particulières aux contrats, les autres communes à tous les actes juridiques. Les premières sont relatives à la cause, à la capacité, à l'absence de violence et de dol. Les secondes ont été indiquées p. 123.

1. Cause. — La cause, exigée pour la validité d'un contrat, est toute autre chose que le motif qui nous détermine à le conclure. Le motif est indifférent ; la cause a une influence décisive sur le sort du contrat : elle varie suivant que le contrat est ou non solennel, réel ou consensuel. Elle consiste soit dans un élément formel (paroles, écriture), soit dans un élément réel (prestation reçue ou promise), soit dans un simple accord des volontés (5). Pour être valables, les contrats *verbis* ou *litteris* doivent être faits dans les formes prescrites. Les contrats réels ou consensuels impliquent respectivement les uns la tradition d'une chose, les autres un échange de promesses (6) ayant un objet déterminé (7) : le contrat non solennel où manque l'un de ces

(1) Paul, *D.*, XLV, 1, 22. Si l'erreur est le résultat d'un dol du stipulant, le promettant se prévaudra de la *doli clausula* pour réclamer une indemnité. Ulp., *D.*, XIII, 7, 1, 2.

(2) Marcel., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 1, 9, 2.

(3) Si l'on achète du bronze pour de l'or, du vinaigre pour du vin, la vente est nulle; elle est valable si l'on achète du vin piqué pour du vin, des vêtements vieux comme s'ils étaient neufs, une table en bois ordinaire alors qu'on la croit en bois de citronnier. S'il s'agit d'esclaves, c'est le sexe qui forme la substance. La doctrine d'Ulpien, tout en constituant un progrès, laissait l'acheteur sans protection dans plusieurs cas où sa situation était digne d'intérêt. En droit français, le mot substance est pris dans un sens plus large ; il désigne les qualités que les parties ou l'une d'elles ont eu principalement en vue lors du contrat.

(4) Ulpien exagère l'effet de l'erreur, il dépasse la mesure, mais pour suppléer à l'insuffisance de la loi, pour donner une décision conforme à l'équité. La loi Romaine n'ayant pas considéré l'erreur comme un vice du consentement, on n'eut d'autre ressource, dans les cas où il parut nécessaire d'en tenir compte, que d'affirmer qu'elle détruisait le consentement. On appliquait alors la règle qui annule le contrat pour défaut de consentement. Le procédé suivi par Ulpien semble n'avoir plus de raison d'être : il est cependant encore employé par la Cour de cassation pour des motifs d'utilité pratique, en attendant que le législateur réforme la loi. Cass., 7 février 1883. Cf. Machelard, *Servitudes*, 109. Planiol, I, 1927.

(5) Javolenus cite la donation parmi les *causæ contrahendi* (*D.*, XLIV, 7, 53). Certains jurisconsultes vont jusqu'à dire que le donateur acquiert un *beneficii debitor* (Gaius, *D.*, XLVII, 2, 54, 1), et que *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligavit* (Ulp., *D.*, V, 3, 25, 11). Mais Jav. s'occupe des accords de volonté justifiant un transfert de propriété.

(6) La réciprocité des prestations est, pour les anciens jurisconsultes, le critérium auquel on reconnaît un contrat. Serv., ap. Gell., IV, 2; Ulp., *D.*, L, 16, 19 *Labeo definit... contractum... ultro citroque obligationem, quod Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem*. Il en est de même du mandat (Gaius, III, 155) et de l'échange (Aristo, ap. Ulp., *D.*, II, 14, 7, 2).

(7) Que les actes juridiques aient chacun un contenu distinct, cela ressort des textes relatifs à l'application de la loi Cincia : il y avait intérêt à savoir si l'on était en présence d'une vente, d'un louage ou d'une donation. Pap., *D.*, XXXIX, 5, 27 :

éléments est nul. Il en est de même si la cause du contrat est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (1). Cf. Jul., *D.*, XXIV, 1, 39.

Cette notion doit être rapprochée de la notion moderne (2). Si l'on fait abstraction des contrats solennels, elle a, à Rome, une importance et une signification particulières : la présence d'une cause est nécessaire pour justifier une dérogation à la règle qui refuse de sanctionner le simple pacte (3); elle a pour résultat d'étendre la faculté de réclamer l'intervention de la puissance publique afin d'assurer le respect d'une convention qui ne touche qu'à des intérêts privés. Chez nous, au contraire, l'exigence d'une cause est une restriction à l'autonomie de la volonté privée (4). Cf. la note complémentaire, p. 919.

Cette restriction n'existait pas à Rome; il dépendait des parties de faire un contrat sans cause en employant la forme si usuelle de la stipulation. Il y avait là une facilité qui répondait à certains besoins de la pratique (5) : on en a limité l'application pour ne pas aboutir à des résultats contraires à l'équité. La convention des parties (6), la jurisprudence et la loi (7) ont subordonné dans certains cas la validité de la stipulation à l'existence d'une cause déterminée. A Rome, comme en droit moderne, les obligations abstraites sont restées l'exception.

2. Capacité. — Les règles générales relatives à la capacité de droit et de fait requise pour contracter ont été exposées à propos du droit des personnes (p. 78). Il suffira d'indiquer ici la situation particulière faite aux fils et aux filles de famille (p. 140).

a) Les fils de famille, qui anciennement étaient comme les esclaves

Dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum. Paul, V, 11, 6. Cf. Costa. *Papiniano,* IV, 177.

(1) Ulp., *D.*, XVII, 2, 57 (société). Cette règle a été appliquée *ex officio Prœtoris* à la stipulation : le Préteur doit *denegare actionem.* Pomp., *D.*, XLV, 1, 27 pr.

(2) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 527.

(3) C'est en ce sens qu'une *causa civilis* est exigée pour la naissance d'une obligation. Pomp., *D.*, XV, 1, 49, 2.

(4) Cette restriction a été critiquée. (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II. 1078) : elle ne se justifie guère dans une législation comme la nôtre, qui sanctionne toutes les conventions qui ne sont contraires ni à la loi ni aux bonnes mœurs. Elle a été écartée par le Code civil allemand (a. 138), qui invite seulement le juge à rechercher si le contrat ne porte pas atteinte aux bonnes mœurs, entendues dans le sens le plus large. Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté,* p. 251. La cause joue cependant un rôle important dans notre jurisprudence. Cf. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit français*, II, 298.

(5) Si la validité du contrat est subordonnée à l'existence d'une cause, le créancier ne peut en obtenir l'exécution avant d'avoir fait la preuve souvent difficile de cette cause : de là des retards pour le recouvrement de ce qui lui est dû. Pour obvier à cet inconvénient, le droit moderne admet qu'une obligation peut être détachée de sa cause, qu'elle est valable sans qu'on ait à prouver l'existence de cette cause. Le résultat qu'on obtient grâce au chèque, et en certains pays grâce à la lettre de change, les Romains l'obtenaient par la stipulation. Le débiteur qui avait dit : *dare spondeo*, était présumé avoir agi à bon escient. Le juge n'avait pas à rechercher en dehors des paroles prononcées la cause réelle de l'obligation.

(6) Le débiteur peut demander l'insertion de la cause dans la formule de la stipulation : *C quœ ex vendito mihi debes, spondesne dare ?* C'est la *stipulatio debiti.* Dans ce cas, le juge doit s'assurer que les cent sesterces étaient dus réellement en vertu d'une vente. Cf. p. 619, 5.

(7) La jurisprudence vint au secours du débiteur imprudent qui avait promis sur stipulation par suite d'une erreur ou en vue d'un événement qui ne s'est pas réalisé *(ob causam)* : elle lui permet d'exercer une *condictio* pour se faire libérer de la dette contractée sans cause (Jul., *D.*, XII, 7, 3), ou de repousser par une *exceptio doli* la demande, en prouvant le défaut de cause de son obligation.

incapables, sont en droit classique capables de contracter (1). Ils peuvent être cités en justice et condamnés (2), mais comme ils n'ont pas de patrimoine, l'exécution sur les biens ne se conçoit pas tant qu'ils sont *alieni juris*.

Leurs engagements sont soumis à une triple restriction résultant de l'édit du Préteur, du Sc. Macédonien et de la jurisprudence. D'après l'édit, le fils de famille, qui a été émancipé ou exhérédé ou qui s'est abstenu de l'hérédité paternelle, jouit du bénéfice de compétence pour les obligations qu'il a contractées, volontairement ou *quod jussu*, alors qu'il était en puissance; peu importe que l'affaire ait profité à son pécule ou à son père; l'action n'est donnée contre lui que *cognita causa* (3). Le Sc. Macédonien a retiré aux fils de famille la capacité d'emprunter de l'argent. Enfin la jurisprudence a limité la responsabilité du père de famille en raison des engagements contractés par son fils impubère administrateur d'un pécule : il n'est tenu que dans la mesure de l'enrichissement du pécule (4).

b) Les filles de famille sont restés incapables de s'obliger. On ne pouvait les relever de leur incapacité alors que les femmes *sui juris* étaient incapables de s'obliger sans l'*auctoritas* de leur tuteur. L'incapacité de la fille de famille a subsisté sans doute aussi longtemps que la tutelle des femmes (5); elle n'existe plus sous Justinien.

3. Absence des vices de violence et de dol. — Cette condition est étrangère au droit civil : elle a été introduite par le Préteur dans les contrats de droit strict, par l'usage des arbitres dans les contrats de bonne foi.

a) *Violence.* — Le Préteur distingue deux sortes de violence : la violence physique *(vis)* et la violence morale *(metus)*. La première consiste en un mal présent infligé à la personne : elle réduit celui qui en est l'objet à un état passif (6); elle détruit la volonté et empêche le contrat de se former. La seconde consiste à inspirer la crainte actuelle d'un mal imminent : elle affaiblit la volonté sans la détruire (7). C'est un

(1) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 39. L'obligation n'a pas, à cette époque, le même effet que dans l'ancien droit : elle ne donne pas lieu en général à l'exécution sur la personne; elle ne porte pas atteinte au droit du père; le créancier doit attendre que le fils ait un patrimoine en devenant *sui juris*. Dans l'ancien droit au contraire, s'obliger c'est promettre ses services au créancier à défaut de payement. Le fils en s'obligeant disposerait de ses services au préjudice de son père; il lui en enlèverait temporairement le profit, ce qui serait contraire au principe du régime patriarcal.

(2) Ulp., *D.*, V, 1, 57; Paul, *D.*, XIV, 5, 5 pr.

(3) Ulp., *D.*, XIV, 5, 2 pr. Le fils de famille mineur de 25 ans peut demander l'*in integrum restitutio* lorsqu'il a été *captus*. Ulp., IV, 4, 3, 4.

(4) Ulp., *D.*, XV, 1, 1, 4.

(5) Gaius, III, 104. Le texte d'Ulpien (*D.*, XIV, 6, 9, 2), invoqué autrefois par Savigny (*System*, II, 434), ne prouve pas la disparition de l'incapacité au IIIe siècle; il applique aux filles de famille le Sc. Macédonien; d'où Savigny concluait qu'elles étaient, à cette époque, capables de contracter. Mais la suite du texte montre qu'Ulpien songeait, non pas à une action donnée contre la fille en raison du contrat, mais à une action donnée contre son père en raison de l'enrichissement du pécule. Ulpien refuse cette action en disant qu'il n'y a pas à rechercher si l'argent a été dissipé ou s'il est dans le pécule. Le texte prouve que l'incapacité des filles est plus grande que celle des fils. Cette incapacité subsiste sous Dioclétien (*C.*, IV, 26, 11).

(6) Paul, *D.*, IV, 2, 2 : *Vis... est majoris rei impetus, qui repelli non potest.*

(7) Paul, *eod.*, 21, 5 : *Quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*

vice du consentement. Le débiteur, qui a contracté sous l'empire d'une violence morale, peut refuser d'exécuter sa promesse : le Préteur lui accorde l'exception *quod metus causa;* il lui permet aussi d'attaquer le contrat par l'action *quod metus causa.* Trois conditions sont nécessaires : le mal dont on est menacé doit être considérable (la mort, la prison (1); la violence doit être de nature à faire impression sur une personne courageuse (2); elle doit résulter de l'intervention d'une personne en vue de déterminer l'acte attaqué (3).

b) *Dol.* — Le dol, d'après les contemporains de Cicéron, consiste à simuler une chose et à en faire une autre (4). C'est un moyen de tromper la personne avec laquelle on traite, de lui causer un préjudice. Cette notion a été élargie par Labéon : pour lui, le dol résulte de tout acte contraire à l'usage des honnêtes gens, et destiné à circonvenir, à tromper, à décevoir quelqu'un (5). Cette définition est restée traditionnelle. Sabinus l'a précisée en ajoutant qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur du dol ait agi dans un intérêt personnel (6).

En matière de contrats, le dol consiste à induire une personne en erreur (7) pour obtenir son consentement (8). En droit strict le dol n'est qu'un vice du consentement : il n'empêche pas la formation du contrat. Celui qui en est victime n'a qu'à s'en prendre à lui-même de son défaut de prudence; aussi l'ancien droit ne venait-il à son secours que dans un petit nombre de cas (9). Vers la fin de la République, le Préteur promit à toute personne qui aurait été victime d'un dol, une action pénale et une exception contre l'auteur du dol (10). La jurisprudence fit mieux encore : la victime du dol a le choix entre la rescision du contrat et la diminution du prix (11). Elle peut d'abord

(1) ULP., *h. t.*, [*D.*, IV, 2], 5; 7, 1; PAUL, *h. t.*, 4; 22; 8, 2. Peu importe que le mal menace notre personne ou celle d'un de nos enfants. *Ibid.*, 8, 3.

(2) GAIUS, *h. t.*, 6 : *homo constantissimus;* PED., ap. ULP., 7 pr. On ne s'occupe pas des craintes d'un esprit faible, sans consistance. C. civ. 1112 prescrit d'apprécier la violence d'après l'impression qu'elle aurait faite sur une personne raisonnable, mais on doit avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition de la personne.

(3) ULP., *h. t.*, 14, 3; 9, 1.

(4) CIC., *De off.*, III, 14; SERV., ap. ULP., *h. t.*, [*D.*, IV, 3], 1, 2; XLVII, 2, 43, 3.

(5) Ap. ULP., *h. t.*, 1, 2; TREB., ap. PAUL, 18, 3. A côté du dol positif, il y a le dol négatif qui consiste en une réticence intentionnelle et de mauvaise foi. FLOR., *D.*, XVIII, 1, 43, 2. Cf. Code de commerce, a. 348.

(6) GAIUS, *h. t.*, 39.

(7) En théorie, on pourrait faire rentrer le dol dans l'erreur, mais à Rome où l'erreur n'est pas un vice du consentement, il était utile de mettre à part l'erreur conséquence d'un dol. En droit moderne, la distinction de l'erreur et du dol permet de tenir compte de certaines erreurs qui par elles-mêmes ne seraient pas suffisantes pour annuler le contrat. Cf. PLANIOL, II, 1065.

(8) C'est le *dolus malus.* Il n'y a pas à s'occuper du *dolus bonus* qui consiste dans une certaine habileté, par exemple celle du vendeur qui cherche à faire valoir sa marchandise pour en tirer un meilleur prix. *Veteres*, ap. ULP., *h. t.*, 1, 3.

(9) CIC., *De off.*, III, 15 : *Iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII Tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plætoria.*

(10) Dans les actions de bonne foi l'exception de dol est en général sous-entendue : *Doli exceptio (inest)... bonæ fidei judiciis.* (CELS., ap. ULP., *D.*, XXIV, 3, 21; JUL., *D.*, XXX, 84, 5.) Elle est comprise dans l'office du juge : PAUL, *Vat. fr.*, 94.

(11) ULP., *h. t*, 7, 3; 9 pr.; *D.*, XIX, 1, 13, 4. On soutenait autrefois qu'il y avait lieu de distinguer le dol principal *(dolus causam dans)* et le dol incident : le premier est celui qui a déterminé l'une des parties à contracter (C. civ. 1116), le second lui a fait accepter des conditions désavantageuses. Le dol principal donnerait une action en rescision; le dol incident, une action en indemnité. Mais les

attaquer le contrat, en demander la rescision, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, et cela non plus par l'action de dol, mais par l'action du contrat : au lieu d'une action pénale, elle a une action contractuelle bien préférable, car elle est perpétuelle et transmissible pour le tout. Mais, pour être une cause de rescision du contrat, le dol doit émaner de l'une des parties contractantes (1) : c'est là une différence entre le dol et la violence (2). Si la victime du dol a intérêt au maintien du contrat (3), elle peut demander une diminution proportionnelle du prix ou une indemnité équivalente à la différence entre le prix payé et la valeur réelle de la chose; c'est la juste réparation du préjudice causé.

III. Modalités des contrats.

Les modalités des contrats sont les modifications que la volonté des parties peut faire subir à l'obligation envisagée dans son existence, son exécution ou son objet. Ces modalités sont la condition, le terme, l'alternative *(modus)*, l'*accessio personæ* qui donne au débiteur la faculté de se libérer entre les mains d'un tiers (4). On ne s'occupera ici que des modalités les plus importantes : la condition et le terme.

§ 1er. **La condition.** — La condition est un événement futur et incertain duquel la volonté des parties fait dépendre la perfection ou l'extinction d'une obligation.

C'est un événement futur : l'acte subordonné à un événement présent ou passé, mais inconnu des parties, n'est conditionnel qu'en apparence; il ne dépend plus des hasards de l'avenir. Les parties n'ont qu'une vérification à faire : si l'événement s'est réalisé, le contrat est considéré comme pur et simple dès sa conclusion ; sinon, il est traité comme inexistant (5).

textes cités à l'appui de la distinction (*D.*, XIX, 1, 13, 4; 11, 5) ne sont pas probants : dans les deux cas l'objet vendu n'a pas la qualité en vue de laquelle on l'a acheté. Les Romains n'ont pas restreint la faculté de demander la rescision du contrat en obligeant la victime à prouver que le dol a eu pour effet de la déterminer à contracter. C'est une différence avec le droit moderne.

(1) Si le dol émane d'un tiers, le contrat s'exécute comme s'il était pur de tout vice : l'exception de dol ne peut être opposée au contractant qui n'a pas commis de dol; l'action du contrat ne peut être donnée contre l'auteur du dol, car on n'a pas contracté avec lui. On exercera contre lui l'action de dol pour le forcer à réparer le préjudice. Il en est autrement pour le dol du tuteur : il est opposable au pupille qui en a profité (Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 23).

(2) Cette différence, consacrée par C. civ. 1111, vient, dit-on, de ce que la situation de la victime du dol est moins favorable : il n'est pas toujours possible de résister à la violence, tandis qu'avec de la prudence on peut ne pas se laisser duper (Ulp., *D.*, IV, 2, 14, 3). Mais il est plus facile de se défendre contre une violence ouverte que contre une erreur qui se cache sous des manœuvres insidieuses. La distinction romaine a été maintenue par le Code civil allemand (a. 123) pour une raison de « politique juridique ». A certaines époques troublées, il n'est pas rare qu'un individu, agissant pour le compte d'un groupe d'intéressés, exige par menaces une promesse qui doit profiter à tous les autres. Cf. Saleilles, *op. cit.*, 61.

(3) Ulp., *D.*, XXVI, 8, 5, 2.

(4) Paul, *D.*, XLIV, 7, 44, 3-4. Il y aussi *accessio rei* lorsque je stipule dix pour moi ou un esclave pour Titius. Dans ce cas, on se demande si, en livrant l'esclave à Titius, le débiteur est libéré *ipso jure*. Le doute vient de ce que Titius, n'étant qu'un *adjectus solutionis gratia*, il ne semble pas possible de lui payer une chose autre que l'objet dû. Si au contraire, on admet qu'il y a dation en payement, la libération ne peut avoir lieu *ipso jure*, d'après les Proculiens. Gaius, III, 168.

(5) Pap., *D.*, XII, 1, 37; 39. Cf. C. civ., 1181.

La condition est un événement incertain dans son arrivée. Le contrat, subordonné à un événement qui doit nécessairement arriver ou ne pas arriver, est traité comme pur et simple (1).

L'insertion d'une condition dans un acte juridique dépend de la volonté des parties : on ne traite pas comme de véritables conditions les faits auxquels la loi subordonne l'acquisition d'un droit. Ces faits, qui forment les conditions légales de l'acte juridique *(conditiones juris)*, ne produisent pas les effets des conditions proprement dites *(conditiones facti)* (2).

La liberté des parties dans le choix des conditions souffre quelques restrictions : les conditions impossibles, illicites ou immorales, celles qui dépendent exclusivement de la volonté du débiteur entraînent la nullité du contrat auquel elles sont apposées.

La condition impossible consiste en un événement qui ne peut pas se réaliser en fait ou en droit. Celui, par exemple, qui contracte sous la condition de toucher le ciel du doigt, n'a pas sérieusement la volonté de s'obliger (3). L'impossibilité de droit résulte d'un obstacle légal à l'accomplissement de la condition : si Titius se marie avant d'être pubère. Une pareille condition rend nul le contrat, même si l'on a prévu que l'obstacle viendrait à disparaître par suite d'un changement dans la loi (4).

La condition est illicite ou immorale lorsqu'elle tend à un but contraire à la loi et aux bonnes mœurs (5) : peu importe la nature du fait qui forme l'objet de la condition.

1. Division des conditions. — Les conditions se divisent en positives ou négatives, expresses ou tacites, casuelles, potestatives ou mixtes, suspensives ou résolutoires.

a) La condition est positive ou négative suivant qu'elle dépend de l'arrivée ou de la non-arrivée d'un événement (6). Cette division présente un intérêt au point de vue du temps dans lequel la condition doit s'accomplir. Si les parties n'ont pas fixé de délai, la condition positive est accomplie quelle que soit l'époque où l'événement prévu se réalise; on ne peut la considérer comme défaillie que lorsqu'il est certain que cet événement ne se réalisera pas. La condition négative au contraire reste en suspens tant que l'événement prévu est susceptible de se réaliser ; elle fait défaut dès qu'il est accompli.

b) La condition est expresse ou tacite, suivant qu'elle est exprimée par les parties lors de la conclusion du contrat, ou qu'elle résulte des

(1) Ulp., *D.*, XLVI, 2, 9, 1 ; XII, 6, 18.

(2) Pap., *D.*, XXXV, 1, 99. La condition légale conserve son caractère, même si elle est insérée dans l'acte juridique. Pomp., *D.*, XXXVI, 2, 22, 1 ; 21, 1.

(3) Mæc., *D.*, XLIV, 7, 31. Les Proculiens appliquaient la même règle aux actes à cause de mort (Gaius, III, 98), mais l'opinion contraire, enseignée par Servius, Labéon et les Sabiniens, a prévalu (Pomp., *D.*, XXXV, 1, 6, 1). La condition impossible est réputée non écrite dans les legs et les institutions d'héritier (Ulp., *eod.*, 3). C. civ. 900, a étendu sans motif cette règle aux donations.

(4) Venul., *D.*, XLV, 1, 137, 6. Il en serait autrement si l'obstacle pouvait disparaître sans un changement dans la loi : Pomp., *D.*, XXXV, 1, 58.

(5) Pap., *D.*, XLV, 1, 123 ; 121, 1 ; Paul, II, 4, 8, 2 ; Ulp., *D.*, II, 14, 7, 3.

(6) Paul, *D.*, XXXV, 1, 60 pr.; Pap., *D.*, XLV, 1, 115, 1.

circonstances dans lesquelles intervient le contrat qu'elle modifie : la promesse de dot est présumée faite sous la condition que le mariage aura lieu (1). La condition tacite a sur la condition expresse cet avantage, c'est qu'elle ne vicie jamais l'acte qui est subordonné à sa réalisation (2).

c) La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard : si tel navire arrive à bon port. La condition *potestative* dépend de la volonté de l'une des parties ou d'un tiers. Pour en déterminer l'effet, une distinction est nécessaire : lorsqu'elle consiste en un fait extérieur volontaire ou une abstention *(si in Capitolium ascenderis* ou *non ascenderis)*, elle est traitée comme une condition casuelle. Il en est de même lorsqu'elle dépend de la pure volonté du créancier *(cum petiero)* ou d'un tiers *(si Titius voluerit)* (3). Mais si elle dépend de la pure volonté du débiteur *(si volueris)*, elle entraîne la nullité du contrat, parce qu'elle est la négation de l'idée d'obligation (4). On n'a pas à rechercher, comme on le fait en droit moderne, s'il résulte de cette condition une gêne plus ou moins grande pour la liberté d'action du débiteur (5).

La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Elle est traitée comme une condition casuelle.

d) La division principale des conditions en droit moderne est celle des conditions suspensives et des conditions résolutoires. Cette division a été pendant longtemps étrangère aux Romains (6). Il importe d'ailleurs de ne pas se méprendre sur sa signification : en réalité, toute condition est suspensive. Quand on oppose la condition suspensive à la condition résolutoire, on entend distinguer la condition qui suspend la perfection d'un contrat et celle qui suspend l'extinction d'une obligation.

2. Condition suspensive. — La condition suspensive a été usitée de bonne heure et sûrement au temps de Cicéron (7) dans l'acte juridique qui échappait au principe de la simultanéité, le testament. On la trouve ensuite appliquée à la *sponsio*, aux contrats consensuels (8) et aux contrats réels (9), mais elle reste exclue du contrat *litteris*, des actes qui concernent les droits de famille, tels que l'adoption, l'émancipation, et d'une manière générale des *actus legitimi* (10).

a) *Effets de la condition en suspens.* — Les jurisconsultes classiques

(1) Scæv., ap. Ulp., *D.*, XXIII, 3, 43 pr. Voir cep. Jav., *D.*, XII, 1, 10.
(2) Pap., *D.*, L, 17, 77 ; Gaius, *D.*, XXX, 65, 1.
(3) Ulp., *D.*, XLV, 1, 48. *Inst.*, III, 23, 1.
(4) Ulp., *eod.*, 17 ; Paul., *eod.*, 46, 3.
(5) C. civ. 1169-1171. Cf. Colin et Capitant, II, 179.
(6) Les Romains n'ont pas de terme technique pour distinguer ces deux sortes de conditions. Les expressions modernes ont été suggérées par Diocl., *C.*, IV, 58, 5 ; Constantin, *C.*, VIII, 54, 25 pr., et par Ulp., *D.*, XVIII, 2, 2 pr.
(7) Serv., ap. Pomp., *D.*, XXXV, 1, 6, 1.
(8) Gaius, IV, 93. Il y eut hésitation pour la société (Just., *C.*, IV, 37, 6). Un texte mal interprété (Gaius, III, 146) a fait croire qu'il en fut de même pour la vente et le louage ; mais le doute porte sur le point de savoir si un contrat peut avoir le caractère d'une vente ou d'un louage, suivant les hasards de la condition.
(9) Ulp., *D.*, XII, 1, 4 pr. ; 11 pr.
(10) *Vat. fr.*, 329. Lab., ap. Paul., *D.*, I, 7, 34. Cf. p. 123.

paraissent avoir été en désaccord sur ce point (1) : les uns traitent le contrat comme inexistant tant que la condition n'est pas accomplie (2); les autres le considèrent seulement comme imparfait et inachevé, de sorte que l'arrivée de la condition a pour effet de le consolider (3) Suivant les uns, la condition suspend la naissance du contrat; suivant les autres, elle en suspend seulement la perfection (4). De ces deux opinions, la première est la plus ancienne; c'est celle de Labéon. Elle fut écartée sur bien des points sous l'influence de la doctrine nouvelle des rapports de droit en suspens (5); elle fut seulement maintenue en quelques cas pour des raisons d'équité.

Le contrat a donc un commencement d'existence dès le jour de sa conclusion : *Spes est debitum iri* (6). Le promettant est lié, bien qu'il ait une chance de ne pas l'être : la défaillance de la condition. Conséquences : l'obligation conditionnelle compte, comme un élément actif ou passif, dans le patrimoine des contractants et se transmet à leurs héritiers (7); — la capacité des parties s'apprécie lors de la conclusion du contrat : un esclave sans maître ne peut valablement stipuler sous condition. L'esclave d'une hérédité jacente ne peut stipuler conditionnellement un usufruit (8); — la stipulation conditionnelle faite par un fils de famille ou par un esclave, profite à celui qui avait sur lui la puissance paternelle ou dominicale lors de la conclusion du contrat, alors même que le fils aurait été émancipé, que l'esclave aurait été aliéné ou affranchi avant l'arrivée de la condition (9); — on peut éteindre par acceptilation une dette conditionnelle (10); — le créancier conditionnel peut prendre des mesures conservatoires, et notamment

(1) Cf. Gaius, *D.*, XXXV, 2, 73, 1.

(2) D'après Labéon (ap. Jav., *D.*, XXIII, 3, 80), la délégation faite par une femme à son fiancé *dotis causa* est sans valeur tant que le mariage n'a pas eu lieu : la femme peut exiger le payement de son débiteur. Javolenus repousse cette opinion : *Falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.* L'opinion de Labéon avait-elle encore des partisans au IIIe siècle? On pourrait le croire en lisant dans Marc., *D.*, XX, 1, 13, 5 : *Ante conditionem non recte agi, cum interim nihil debeatur*, et dans Ulp., *D.*, L, 16, 213 : *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam... Neque cessit... dies pendente adhuc conditione.* Mais Ulpien déclare (*eod.*, 10) que celui qui a stipulé sous condition est, d'après l'opinion reçue, un véritable créancier. Quant à Marcien, on peut dire qu'il donne un motif inexact pour justifier une décision conforme à l'opinion générale : *non recte agi* correspond à *petitio suspensa* dans Paul, *D.*, XLV, 3, 26. Cf. Jav., *D.*, XII, 1, 36, qui paraît interpolé.

(3) Pomp., XII, 1, 8 : *Mutui datio interdum pendet ut ex post facto confirmetur.*

(4) C'est ainsi que l'envisagèrent les Sabiniens (Gaius, *D.*, XVIII, 1, 35, 5) *tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri ut...* Cf. Paul, *D.*, XVIII, 6, 8 pr., 1.

(5) Ulpien (*D.*, XLIV, 7, 42) formule ainsi la doctrine reçue de son temps : *Eum qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Paul dit également (*D.*, XLV, 3, 26) : *Si sub conditione stipuletur... ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.* Cf. p. 123.

(6) *Inst.*, III, 14, 25; Gaius, *D.*, XXXV, 2, 73, 1; Ulp., *D.*, L, 16, 54.

(7) Paul, *D.*, XVII, 1, 8 pr. : *Quasi jam contracta emptione in præteritum;* Jul., *D.*, XLV, 1, 57.

(8) Paul, *D.*, XLV, 3, 26.

(9) Paul, *D.*, XLV, 1, 78 pr. : *Id tempus spectatur quo contrahimus.* Cf. Pomp., *D.*, XLV, 3, 40.

(10) Pomp., *D.*, XLVI, 4, 12. Aristo, ap. Pomp., *D.*, XLVI, 3, 16. Il en serait autrement d'une dette future (Ulp., *D.*, XLVI, 4, 13, 9) : *non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est liberari potuit.*

demander la séparation des patrimoines (1); — le débiteur conditionnel qui empêche la condition de s'accomplir, est obligé comme si elle était accomplie (2).

Mais le contrat n'est pas parfait tant que la condition est en suspens. Conséquences : le créancier ne peut agir en justice; si en fait il a exercé une action, il peut après l'arrivée de la condition, renouveler sa poursuite sans qu'on puisse lui opposer la règle *bis de eadem re ne sit actio* (3); — le débiteur qui par erreur acquitte sa dette avant l'arrivée de la condition, a le droit de répéter l'indû (4); — la novation d'une dette conditionnelle par une obligation pure et simple, ne peut avoir lieu tant que la condition n'est pas réalisée (5); — on peut stipuler sous condition sa propre chose (6); — la tradition faite à un acheteur conditionnel ne lui permet pas d'usucaper; il ne peut pas encore se considérer comme ayant un titre définitif (7); — les fruits appartiennent au vendeur (8); — la perte totale de la chose met à néant le contrat (9); par suite, dans la vente conditionnelle, les risques sont pour le vendeur. C'est une décision corrélative à la précédente et l'application de l'adage : *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda.*

b) *Effets de la condition accomplie.* — L'état d'incertitude créé par la condition prend fin lorsque l'événement prévu se réalise ou fait défaut : dans le premier cas, le contrat devient parfait; dans le second il est mis à néant. La condition accomplie a-t-elle un effet rétroactif? C'est une question controversée, mais dont l'intérêt existe surtout pour ceux qui pensent que la condition suspend la naissance du contrat. La fiction de rétroactivité est le correctif nécessaire de leur manière de

(1) C. civ. 1180. Pap., *D.*, XLII, 6, 4 pr. Il peut, au moins dans certains cas, se faire envoyer en possession des biens du débiteur éventuel. Paul, *D.*, XLII, 4, 6 pr. Ailleurs, Paul (*eod.*, 14, 2) et Ulpien (*eod.*, 7, 14) lui refusent ce droit, peut être dans le cas où l'envoi en possession implique le droit d'exercer des poursuites actuelles contre le débiteur. Cf. Bufnoir, 294. Le créancier conditionnel peut faire annuler un affranchissement frauduleux. Herm., *D.*, XL, 9, 27 pr.

(2) C. civ. 1178. Jul., *D.*, XXXV, 1, 24; Ulp., *D.*, L, 17, 161. Cf. Riccobono, *MC.*, II, 105. Cette règle, établie par la jurisprudence avant Julien, fut d'abord appliquée aux affranchissements, aux legs, aux institutions d'héritier, puis aux stipulations et à la vente (Ulp., *D.*, XVIII, 1, 50. Cf. p. 607, 3; 96, 2.

(3) Marc., *D.*, XX, 1, 13, 5.

(4) Pomp., *D.*, XII, 6, 16 pr. Cette décision n'avait peut-être pas, dans la pensée de Pomponius, une portée générale; il traite dans ce texte *de jure dotium* (Lenel, *Pal.*, II, 180). Elle s'explique d'ailleurs par le caractère de la *condictio indebiti* qui a été introduite *ex æquo et bono*. (Pap., *D.*, XII, 6, 66).

(5) Marcellus (*D.*, XLVI, 2, 14, 1) applique cette décision à un débiteur qui a été déporté avant l'arrivée de la condition : c'est un moyen de le libérer de son obligation, *quoniam nunc, cum exstitit conditio, non est persona quæ obligetur.*

(6) C'est encore une décision de faveur émise par Marcellus (*D.*, XVIII, 1, 61) *quia forte speratur meum esse desinere.*

(7) Paul., *D.*, XLI, 4, 2, 2 : *affectionem emptoris* (p. 551, 6).

(8) C'est pour une raison d'équité que, dans le cas de vol de fruits mûrs, Julien abandonne la doctrine du *dominium pendens* (p. 256); il accorde la *condictio furtiva* au nu propriétaire et non à l'usufruitier. Logiquement, il aurait dû laisser la *condictio* en suspens, pour le cas où, après le vol, l'usufruitier parviendrait à se mettre en possession des fruits, mais il a pensé qu'il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à différer l'exercice de l'action dans l'attente d'une prise de possession que le vol rend peu probable. Marcellus arrive, par une voie différente, à la même solution : à son avis, les fruits appartiennent au nu propriétaire jusqu'à la prise de possession par l'usufruitier. (Ap. Ulp., *D.*, VII, 1, 12, 5 : interpolé?)

(9) Paul, *D.*, XVIII, 6, 8 pr : *Stipulationes.. perimuntur.* Cf. C. civ. 1182.

voir, le seul moyen de concilier des décisions divergentes (1). Si au contraire c'est la perfection du contrat qui seule est en suspens, il va de soi qu'une fois la condition accomplie le contrat prend la date du jour où il a été conclu (C. civ. 1179). Mais il faut se garder d'en conclure que désormais tout se passe comme si le contrat avait été parfait dès cette époque; on doit tenir compte des réserves qui viennent d'être indiquées, notamment quant à l'attribution des fruits, à la perte de la chose et à l'usucapion.

3. Condition résolutoire. — La condition résolutoire est un événement futur et incertain duquel on fait dépendre la cessation des effets d'un contrat. Elle trouve son application soit dans la vente, soit dans les donations à cause de mort.

La condition résolutoire suppose qu'on a joint à un contrat un pacte dont l'effet se produira éventuellement. Il y a ici non pas un acte unique, mais deux actes distincts : l'un, pur et simple, c'est le contrat; l'autre, conditionnel, c'est le pacte adjoint (2). Ce pacte, comme tout acte juridique subordonné à une condition, reste en suspens tant que l'événement prévu n'est pas réalisé; mais comme il tend à résoudre le contrat et qu'il produit cet effet si la condition prévue se réalise, on a coutume de dire, bien que ce ne soit pas rigoureusement exact, que l'acte dans son ensemble est affecté d'une condition résolutoire.

Cette conception est conforme à celle du droit moderne. La condition résolutoire, dit l'article 1183 du Code civil, « ne suspend pas l'exécution de l'obligation ». Le créancier peut dès à présent exercer les droits et actions qui lui compéteraient si l'obligation était pure et simple. L'analogie existe également entre les deux législations au cas où la condition vient à défaillir; tout se passe comme si l'acte principal n'avait jamais été soumis à une chance d'extinction. Mais l'analogie ne va pas plus loin : si la condition se réalise, il existe entre les deux législations des différences caractéristiques. Aujourd'hui, la condition résolutoire lorsqu'elle s'accomplit « opère la révocation de l'obligation et les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». A Rome, l'obligation n'est pas éteinte *jure civili*, car la condition ne figure pas au nombre des modes d'extinction des obligations (3). Quant au contrat, la condition résolutoire ne peut le dissoudre que s'il est consensuel et s'il n'a pas reçu d'exécution.

Cette double différence était d'ailleurs plutôt théorique que pratique : elle était atténuée par le jeu des exceptions. Il n'en est pas de même

(1) Bufnoir, 294. Accarias, II, 118. A l'appui de cette fiction, Dernburg, I, § 111, 5, invoque Gaius, *D.*, XX, 4, 11, 1 : *Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est sine condicione facta esset.* Mais ce texte n'est rien moins que probant : l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette conditionnelle, prend rang dès le jour de la convention; ce n'est pas la conséquence de la fiction de rétroactivité, car il en est de même de l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette future ou d'un legs conditionnel, Or, il est certain qu'il ne saurait être question de rétroactivité ni pour le legs ni pour la dette future.

(2) Ulp., *D.*, XVIII, 2, 2 pr. : *Erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur.*

(3) Paul, *D.*, XLIV, 7, 44, 1 : *Placet... quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi.*

d'une troisième différence bien autrement importante par ses conséquences pratiques : elle a trait aux effets de la condition résolutoire sur les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels. Aujourd'hui ces droits s'évanouissent à l'arrivée de la condition : en est-il de même à Rome, ou bien la condition résolutoire ne produit-elle que des effets personnels ? Cette question sera examinée à propos du contrat de vente (p. 474).

§ 2. **Le terme.** — Le terme est un événement futur et certain duquel les contractants font dépendre l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation. Ordinairement, c'est une date fixe : le 1er janvier prochain ; parfois c'est une date indéterminée : *cum moriar*. L'essentiel, c'est que l'événement prévu soit futur et doive nécessairement arriver (1). Il faut aussi qu'il puisse se réaliser : est nulle la promesse de payer aujourd'hui 100 à Carthage (2), d'aller à Alexandrie *cum morieris* (3).

Le terme peut être tacite, imposé par la force des choses en l'absence de toute déclaration des contractants : telle serait la promesse de construire une maison (4). — Les tribunaux peuvent, comme en droit moderne, accorder un terme de grâce (5).

Il y a deux sortes de termes : le terme suspensif et le terme extinctif.

1. Terme suspensif. — Cette sorte de terme a été admise de bonne heure dans les contrats : le *nexum* impliquait un terme fixé par l'usage sinon par la convention (p. 123, 3). Le droit classique autorise l'apposition d'un terme dans les contrats de bonne foi (6), dans la stipulation et même dans le contrat *litteris* (7). En général c'est une faveur consentie au débiteur (8) ; parfois le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier, en cas de dépôt, par exemple (9).

Le terme suspend l'exigibilité de la créance : n'est-ce pas contraire au principe de la simultanéité des effets de l'acte juridique ? Il semble que l'efficacité de l'obligation soit retardée jusqu'à l'échéance ; mais ce n'est qu'une apparence : l'obligation à terme prend naissance *(dies cedit)* (10) dès la conclusion du contrat (11). En cela elle ressemble à

(1) En cela le terme diffère de la condition. Gaius, I, 186 ; Ulp., XXIV, 31. Cf. C. civ. 1185.

(2) *Inst.*, III, 15, 5. D'après quelques jurisconsultes, il en serait autrement si les contractants, ayant chacun un correspondant à Carthage, lui avaient donné des ordres d'avance. (Gaius, *D.*, XLV, 1, 141, 4.)

(3) Paul, *eod.*, 46, 1. Cf. *D.*, XXXIII, 2, 5. En dehors de ce cas, la nullité de la promesse *post mortem meam* ou *pridie quam moriar* constitue, en droit classique, une anomalie ; elle a été atténuée par la jurisprudence qui valide les stipulations et promesses *cum moriar* ou *cum morieris* (p. 633, 3). Elle a disparu sous Justinien. (*Inst.*, III, 19, 13.)

(4) Paul, *h. t.*, 73 pr. ; Venul., *eod.*, 137, 2.

(5) Rescr. Pii, ap. Callistr., *D.*, XLII, 1, 31. C. civ. 1292.

(6) Cf. *R. r.*, 147 : *Locus vinis ad k. octob. primas dabitur.*

(7) Cic., *Ad fam.*, VII, 23 : *Nomina se facturum .. qua ego vellem die.*

(8) Ulp., *D.*, XLV, 1, 41, 1 ; L, 17, 17. Cf. C. civ. 1187.

(9) Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 45-46 ; Jul., *eod.*, 1, 22. Dans les fidéicommis, le terme s'interprète en faveur du fiduciaire ou du fidéicommissaire suivant l'intention du disposant. Peg., ap. Pomp., *D.*, XXXI, 43, 2.

(10) Ulp., *D.*, L, 16, 213. Il en est autrement lorsque le terme est apposé à un transfert de propriété : le transfert ne peut s'opérer avant l'échéance. Apposé à la constitution d'une servitude, il n'est valable qu'*exceptionis ope* (p. 328, 2).

(11) Gaius, III, 124. Paul, *D.*, XLV, 1, 46 pr. : *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.* On a prétendu à tort que le terme suspend la naissance de l'obli-

l'obligation pure et simple. Par suite, le débiteur a le droit de payer avant l'échéance, à moins que le terme ne soit dans l'intérêt du créancier ; il ne peut répéter comme indû le payement anticipé fait par erreur ; la dette à terme peut être éteinte par acceptilation (1).

Mais l'obligation à terme diffère de l'obligation pure et simple par son objet et par son exigibilité. De ces deux différences, c'est la seconde qu'on a coutume de mettre en relief, bien qu'elle ne soit que la conséquence de la première : si l'exigibilité est retardée, c'est que l'obligation à terme n'a pas le même objet que l'obligation pure et simple. Celui qui promet de payer 100 dans un an promet nominalement la même somme que celui qui s'oblige à les payer sur-le-champ : en réalité il promet 100, moins l'intérêt du capital supposé placé pour un an *(interusurium)* (2). Aussi le créancier ne peut-il agir en justice avant l'échéance, sous peine de perdre son procès pour *plus petitio*. De même la dette à terme ne peut être opposée en compensation (3).

A l'échéance, la dette devient exigible *(dies venit)*. Le débiteur a toute la journée pour se libérer ; le créancier ne peut le poursuivre que le lendemain de l'échéance (4). Si la dette est payable à un marché qui dure plusieurs jours, le débiteur a jusqu'à la clôture du marché (5). Lorsque le terme est tacite, il n'y a pas d'échéance fixe : le juge apprécie le temps nécessaire pour exécuter l'obligation (6).

2. Terme extinctif. — En principe, les obligations ne s'éteignent pas à l'échéance d'un terme : le droit civil n'admet pas ici que la volonté des parties soit efficace lorsqu'elle n'a pas été revêtue d'une forme solennelle. Cette règle était surtout choquante dans les stipulations d'annuités ou de rente viagère : après la mort du créancier, les héritiers conservaient le droit d'exiger le payement de la rente (7).

La jurisprudence a imaginé divers expédients pour atténuer la rigueur du droit civil. Dans le legs de rente viagère, les Sabiniens décomposent le legs en une série de legs successifs, correspondant à chaque annuité : le premier de ces legs est pur et simple, il a son *dies cedens* à la mort du testateur, les autres sont conditionnels ; ils sont subordonnés à la condition de la survie du légataire au commencement

gation. Cette opinion repose sur deux textes mal interprétés. Dans l'un (*D.*, XLV 1, 41, 1) Ulpien entend si peu nier l'existence actuelle de l'obligation qu'il autoris le débiteur à renoncer au bénéfice du terme et à forcer le créancier à recevoir le payement. Dans l'autre (*D.*, XLIV, 7, 44, 1), Paul oppose le terme suspensif au terme extinctif et précise sa pensée par ces mots : *cujus natura hæc est ut ante diem non exigatur*. Cf. Appleton, *Rev. gén.*, 1926, p. 155.

(1) Cels., *D.*, XLVI, 3, 70 ; Paul., *D.*, XII, 6, 10 ; Pomp., *D.*, XLVI, 4, 12.

(2) Marcel., ap. Ulp., *D.*, XV, 1, 9, 8.

(3) Ulp., *D.*. XVI, 2, 7 pr.

(4) Cels., *D.*, L, 17, 186. Le créancier n'a pas le droit d'agir avant l'échéance, lors même qu'il devient certain que le débiteur ne pourra tenir sa promesse, par exemple, s'il s'est obligé à bâtir une maison en deux ans, et qu'une partie du délai se soit écoulée sans qu'il ait commencé. Mais le créancier peut demander caution, si le contrat est de bonne foi. Pap., *D.*, XLV, 1, 124 ; V, 1, 41.

(5) C'est l'opinion des Proculiens qui a prévalu : Venul., *D.*, XLV, 1, 138 pr.

(6) Cels., ap. Pomp., *eod.*, 14 ; Venul., *eod.*, 137, 2. S'il s'agit de travaux urgents (réparation d'une maison qui menace ruine), le terme court du jour où le débiteur a été mis en demeure de commencer les travaux : Ulp., *eod.*, 72, 2.

(7) *Inst.*, III, 15, 3.

de l'année ; ils n'ont leur *dies cedens* qu'à l'arrivée de la condition (1). Un procédé analogue fut appliqué, non sans hésitation, à la stipulation d'annuités payables pendant un temps limité, comme la stipulation *annua, bima, trima die*, usitée pour la restitution de la dot ; on la décomposa en trois stipulations distinctes (2). On ne crut pas pouvoir en faire autant pour la stipulation de rente viagère qui comprend un nombre d'annuités indéterminé ; on n'avait pas la même latitude qu'en matière de testament ou de *res uxoria*. On conserva donc la règle antique : l'interrogation et la réponse forment un acte unique, un seul tout qu'il est impossible de scinder (3). Mais on donna effet à la volonté des parties en autorisant le débiteur à paralyser, au moyen d'une exception, l'action exercée par les héritiers : le terme extinctif, nul *ipso jure*, devint efficace *exceptionis ope* (4).

IV. Effets des contrats.

En droit romain, comme en droit moderne, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Les contractants sont liés d'une façon irrévocable ; il ne dépend pas de l'un d'eux de rompre un engagement qu'il a librement accepté (5). Le *jus pœnitendi*, mentionné dans quelques textes (6), est le résultat d'une interpolation et n'a pas de portée générale ; la faculté de se dédire a été admise, au Bas-Empire, dans la vente avec arrhes, sous certaines conditions. La règle de l'irrévocabilité est écartée, sauf quelques réserves, pour les contrats formés *intuitu personæ*, comme la société et le mandat, et pour le louage de maison conclu sans terme préfix.

En général, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Elles obligent leurs héritiers mais non leurs ayants cause à titre particulier : l'acheteur, le donataire, le légataire ne sont pas tenus de respecter le bail consenti par leur auteur, à moins d'une clause con-

(1) PAUL, *D.*, XXXIII, 1, 4 ; 11. Cette décomposition d'un acte juridique en plusieurs actes distincts est un procédé familier à l'école Sabinienne. Cf. p. 140, 4.

(2) PAUL, *D.*, XLV, 1, 140, 1 : *Apud veteres varium fuit*. Cf. p. 186, 4.

(3) POMP., *D.*, XLV, 1, 16, 1 : *Stipulatio... in annos singulos una est et incerta, et perpetua*. Cette stipulation est incertaine parce qu'on ignore combien d'années vivra le créancier : la valeur pécuniaire de son droit est donc indéterminée. L'unité de la stipulation de rente viagère présente un danger pour le créancier : s'il est obligé d'agir en justice pour réclamer une annuité, il court le risque d'épuiser en une seule fois son droit d'action. Il doit avoir soin de faire insérer une *præscriptio* dans la formule afin de réserver son droit pour l'avenir (GAIUS, IV, 132). Rien de pareil dans le legs de rente viagère qui, étant multiple, procure au légataire une action distincte pour chaque annuité : cette action est *certa* puisqu'elle a exclusivement pour objet une annuité. D'après Pomponius, le legs finit à la mort du légataire ; il serait plus exact de dire qu'il ne prend pas naissance par suite de la défaillance de la condition à laquelle il est subordonné. ULP., *D.*, XXXVI, 2, 5, 2.

(4) La concession d'une exception n'était pas sans difficultés : on ne pouvait songer à l'exception de dol qui devint assez tard un moyen général de faire prévaloir l'équité ; ni à l'exception de pacte qui régulièrement suppose une convention conclue entre le défendeur et le demandeur. Mais une interprétation aussi étroite de l'édit sur les pactes était peu conforme à l'équité. Julien attribue à la volonté du stipulant une importance décisive ; sans se préoccuper de l'acceptation du promettant, il accorde au débirentier l'exception de pacte (*D.*, XLV, 1, 56, 4).

(5) DIOCL., *C.*, IV, 10, 5.

(6) P. 507, 2.

traire insérée dans l'acte d'acquisition. La règle applicable aux ayants cause à titre particulier souffre exception dans quelques cas où ils sont tenus *propter rem* (p. 575, 7; 128, 7; 549, 7).

Les contrats conclus par une personne sont opposables à ses créanciers chirographaires, alors même qu'ils ont pour effet de diminuer sa solvabilité. Les créanciers n'ont que la ressource d'exercer l'action Paulienne, en raison des actes faits en fraude de leurs droits.

Les contrats, et plus généralement les pactes, n'ont aucun effet à l'égard des tiers : ils ne peuvent ni leur nuire, ni leur profiter : *Res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest* (1). On a déjà vu que la promesse du fait d'autrui est nulle (p. 372). De même on ne peut stipuler pour autrui (2). On ne peut pas davantage représenter autrui.

§ 1er. **Stipulation pour autrui.** — Cette stipulation est nulle : le tiers ni le stipulant ne peuvent s'en prévaloir contre le promettant. Le tiers ne peut invoquer un rapport de droit auquel il est étranger (3), le stipulant ne peut, en général, se plaindre de l'inexécution de la promesse faute d'intérêt pécuniaire (4). Cette règle n'est pas particulière à la stipulation ; dans tous les contrats, le créancier doit en principe justifier d'un intérêt pécuniaire pour être admis à agir en justice.

La stipulation pour autrui est valable lorsque le stipulant a intérêt à l'exécution de l'obligation, par exemple si la stipulation doit le garantir contre un recours du tiers en faveur duquel elle a été faite (5). Le moyen le plus sûr de faire apparaître l'intérêt du stipulant, c'est de joindre à la stipulation pour autrui une stipulation de peine.

On ne peut pas stipuler pour soi *et* pour un tiers, alors même que ce tiers serait l'un des héritiers du stipulant. Mais ici la stipulation ne sera nulle qu'au regard du tiers; elle reste valable à l'égard du stipulant, pour partie suivant les Proculiens, pour le tout d'après les Sabiniens (6). Cette règle a été modifiée par Justinien : le contrat en faveur d'un héritier du stipulant est valable (7).

On peut stipuler pour soi *ou* pour un tiers. C'est une atténuation à la rigueur de la règle : on la justifie en disant que le tiers n'acquiert aucun droit par l'effet de cette stipulation ; il ne peut la faire valoir en jus-

(1) Diocl., *C.*, VII, 60, 1; IV, 12, 2; Paul, *D.*, II, 14, 17, 6. Cf. C. civ. 1165.

(2) *Inst.*, III, 19, 3-4 et 19. Q. Muc., *D.*, L, 17, 73, 4 : *Nec paciscendo, nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Sur la valeur de cette règle en droit moderne, cf. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 260.

(3) Paul, *D.*, XLIV, 7, 11 : *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex notra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* Diocl., *C.*, IV, 50, 6, 3; V, 12, 26.

(4) Ulp., *D.*, XLV, 1, 38, 17 : *Ut alii detur, nihil interest mea.*

(5) Recours d'un pupille, d'un colon. Ulp., *eod.*, 38, 20 : *Posse defendi stipulationem valere;* Alex., *C.*, IV, 65, 9. Recours d'un débiteur qui a constitué un gage et permis au créancier de le vendre. Ulp., *D.*, XIII, 7, 13 pr.

(6) Gaius, III, 103; Jav., *D.*, XVIII, 1, 64. Pour les stipulations ou promesses *post mortem*, Marcellus admet la validité du mandat *ut post mortem sibi monumentum fieret*, parce que le mandataire peut, du vivant du mandant, agir contre lui pour obtenir les fonds nécessaires à l'exécution du mandat. *D.*, XVII, 1, 12, 17.

(7) *Inst.*, III, 19, 12; Gaius admet aussi la validité du mandat par lequel je charge un ami d'acheter après ma mort un fonds à mes héritiers; mais il n'est pas certain que ce texte (*D.*, *eod.*, 13) n'ait pas été interpolé.

tice (1). Il joue le rôle d'un mandataire chargé éventuellement de recevoir le payement *(adjectus solutionis gratia)* (2). Il peut être dispensé de rendre compte, lorsqu'on l'a désigné *animo donandi* (3). Dans tous les cas son mandat est irrévocable ; il ne dépend pas du stipulant d'enlever au promettant la faculté de se libérer entre les mains de l'*adjectus* (4). La mort seule du mandataire peut la lui faire perdre (5).

Par une faveur spéciale, Dioclétien admit la validité de la stipulation pour autrui lorsqu'elle est la condition d'une donation faite au promettant : le tiers peut ici, en vertu d'un décret, exercer une action utile (6). Le droit classique ne paraît pas avoir été plus loin. Quelques textes permettent, il est vrai, de stipuler au profit d'un tiers la restitution d'une dot, d'un dépôt, d'un commodat, d'un gage (7); mais l'interpolation, certaine pour les uns, est vraisemblable pour les autres.

§ 2. **Exclusion de la représentation.** — En droit moderne, la représentation fait considérer comme présente à un acte juridique une personne qui, en réalité, y est restée étrangère. Il suffit que l'acte ait été conclu en son nom et dans son intérêt. Le représenté devient le sujet actif ou passif du rapport de droit, à l'exclusion du représentant : les effets de l'acte se produisent en sa personne et non en la personne du représentant (C. civ. 1984). La représentation est un moyen d'écarter la règle qui exclut les tiers du rapport obligatoire ; mais elle a une portée bien plus large : elle s'applique même en dehors des obligations.

Le principe de la représentation n'a pas été admis à Rome. Il était incompatible avec le formalisme de l'ancien droit (8), et l'on n'a pas jugé utile de l'introduire plus tard. On s'en est tenu à la conception la plus simple qui était aussi la plus vraie : l'acte accompli par un mandataire produit ses effets en sa personne, mais le bénéfice ou la charge qui en résulte doit être transféré au mandant (9). Telle fut la règle appliquée aux divers cas où un tiers contractait dans l'intérêt d'autrui, et sans son intervention : à titre de *procurator*, de mandataire, de gérant d'affaires, de tuteur ou de curateur.

(1) PAUL, *D.*, XLVI, 3, 10.

(2) JUL., *h. t.*, 56, 2 : *Non adquirendæ obligationis gratia, sed solutionis causa.* GAIUS, *h. t.*, 141, 3; PAP., *D.*, XLVI, 3, 95, 5.

(3) SCÆV., *h. t.*, 131, 1.

(4) GAIUS, *D.*, XLVI, 3, 106. ULP., *eod.*, 12, 3.

(5) POMP., *eod.*, 81 pr. ; JUL., *h. t.*, 55. Le jurisconsulte cité par Africain (*D.*, XLVI, 3, 38 pr.) y joint la *capitis deminutio*, en invoquant une convention tacite. Cette opinion est écartée par Papinien (*eod.*, 95, 6), et même par Julien (*h. t.*, 56, 2) si le texte n'a pas été interpolé.

(6) *C.*, VIII, 54, 3 : *Benigna juris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserunt.* Au lieu de *competere*, l'original porte *decernendam esse* (*Vat. fr.*, 286). Cf. C. civ. 1121.

(7) Voir pour DIOCL., *C.*, V, 14, 7, les Basiliques, éd. Heimbach, III, 483. Dans PAUL, *D.*, XXIV, 3, 45, l'action utile est donnée à un *adjectus solutionis gratia*. Quant à DIOCL., *C.*, III, 42, 8, où l'action utile est accordée au dépositaire pour une raison d'équité, il semble bien que la phrase a été ajoutée après coup, pour tempérer la rigueur de la décision (cf. EISELE, *Beiträge z. röm. Rechtsgeschichte*, 1896, p. 76). De même dans ULP., *D.*, XIII, 7, 13 pr., la fin a été interpolée.

(8) Cf. LABBÉ sur Ortolan, III, 867. MITTEIS, *Die Lehre der Stellvertretung*, 1885, p. 13. KARLOWA, II, 948.

(9) PAUL, *D.*, XVII, 1, 45 pr.

Ce système n'était pas sans inconvénients : si le tiers, le mandataire, par exemple, devient insolvable avant d'avoir transmis le bénéfice du contrat, le mandant n'a que la ressource de venir en concours avec les autres créanciers; ceux qui traitent avec un mandataire ne doivent compter que sur lui pour acquitter l'obligation : c'est une restriction au crédit dont peut jouir personnellement le mandant. Ces inconvénients étaient atténués, lorsque, suivant l'usage, on avait recours à l'intermédiaire d'une personne placée sous la puissance de l'intéressé : les membres de la famille étant pour le chef des instruments d'acquisition, le bénéfice du contrat passe immédiatement au *paterfamilias*; quant aux obligations, il en était vraisemblablement tenu lorsqu'elles avaient été contractées sur son ordre.

Les besoins du commerce ont d'assez bonne heure déterminé le Préteur, puis la jurisprudence à modifier le droit commun quant aux effets des contrats (1).

1. Modifications dues au Préteur. — Le Préteur autorise en certains cas les tiers, qui ont traité avec une personne en puissance, à exercer un recours contre le chef de famille soit pour le tout, soit dans une mesure limitée.

a) L'*action exercitoire* est donnée à ceux qui ont traité avec le préposé à l'exploitation d'un navire *(magister navis)* (2). Tout contrat conclu avec ce préposé dans la limite de ses pouvoirs *(lex præpositionis)* (3) et pour les besoins du navire (4) oblige sans réciprocité (5) l'armateur *(exercitor)* (6) envers les tiers qui ont traité avec son *magister*. Cette obligation est sanctionnée par l'action dite exercitoire.

En créant cette action, le Préteur a voulu augmenter le crédit du *magister* et pourvoir aux exigences du commerce maritime, qui laisse rarement le temps de s'enquérir de la condition de ce préposé, de rechercher s'il est libre ou esclave, *alieni juris* ou *sui juris* (7). Le tiers contractant a, dès lors, deux débiteurs entre lesquels il doit choisir : le préposé et le préposant. Si l'armateur est *alieni juris*, l'action exercitoire se donne pour le tout contre son père ou son maître lorsqu'il exploite le navire avec son assentiment. Dans le cas contraire, le *paterfa-*

(1) Des modifications analogues furent admises pour l'acquisition de la possession (p. 315), de la propriété (p. 276), et du précaire (Ulp., *D.*, XLIII, 26, 6, 1); pour l'acquisition du gage du bailleur d'un fonds rural sur les objets affectés par le *procurator* du colon (*id.*, XX, 1, 21 pr.); pour l'accomplissement des actes conservatoires d'un droit préexistant : sommation à un débiteur pour le constituer en demeure (*eod.*, 24, 2); défense préalable à l'interdit *quod vi aut clam* (*id.*, XLIII, 24, 3 pr.). Pour la dénonciation de nouvel œuvre, cf. *id.*, XXXIX, 1, 5, 18-20. Pour l'affranchissement non solennel par un fils de famille, cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XXI, 204.

(2) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XIV, 1], 1, 15. Affrètement, transport des voyageurs et des marchandises; achat et vente de marchandises (*ibid.*, 1, 3 et 7); entretien et réparation du navire, salaire des gens de l'équipage (*ib.*, 1, 7). Peu importe que le navire serve à la navigation fluviale ou maritime (*id.*, 1, 6).

(3) *Ibid.*, 1, 12. Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1121. La *præpositio*, qui émane du préposant, ne doit pas être confondue avec le contrat (louage de services ou mandat) qui lie le *magister navis* à l'*exercitor*. Ulp., 1, 18.

(4) Ofil., ap. Ulp., *eod.*, 1, 9. Peg., *eod.*, 1, 8.

(5) *Ibid.*, 1, 18 : *Quia non eodem auxilio indigebat.*

(6) *Ibid.*, 1, 15. Gaius, IV, 71 : *Ad quem cottidianus navis quæstus pervenit.*

(7) Ulp., *h. t.*, 1, 14; 1 pr.

milias n'est tenu que *de peculio* ou *quasi tributoria*, suivant que l'armateur a agi à son insu ou avec sa tolérance (1).

La faveur due à la navigation et à l'armement des navires (2) a fait admettre d'autres dérogations au droit commun : le *magister navis* peut se substituer un tiers, même contre le gré de l'armateur (3); s'il y a plusieurs armateurs pour un même navire, chacun peut être poursuivi pour le tout, quelle que soit sa part dans le navire (4); l'action exercitoire est perpétuelle et transmissible activement et passivement : elle ne s'éteint ni par la mort du *magister*, ni par le décès de l'armateur, ni par son aliénation s'il est esclave (5).

b) Action institoire. — L'*institor* est un préposé (6). Ce fut d'abord un esclave ou un fils de famille, plus tard une personne quelconque *sui* ou *alieni juris* (7), établie dans une boutique *(taberna)* et préposée à un commerce. La jurisprudence a donné au mot *institor* un sens plus large encore : elle l'applique aux colporteurs comme aux boutiquiers, à celui qui est préposé à une maison ou à la culture d'un champ (8). Mais l'*institor* doit toujours être préposé *propter quæstum*, pour procurer un gain au préposant (9).

Tout contrat conclu par l'*institor* dans les limites de ses attributions oblige le préposant pour le tout envers le tiers qui a traité avec le préposé en cette qualité (10). Le tiers a deux débiteurs entre lesquels il doit choisir : le préposé (11) et le préposant. Celui-ci ne peut s'exonérer de cette obligation qu'en avertissant les tiers soit par un avis individuel, soit par une affiche apposée en permanence devant la boutique, en un lieu très apparent (12). L'obligation du préposant est sanctionnée par une action prétorienne de même nature que l'action exercitoire (13) : c'est l'action institoire.

Trois différences séparent la situation de l'*institor* de celle du *magister navis* : on n'admet pas facilement que l'*institor* se substitue un tiers ; la responsabilité du préposant est sous ce rapport moins étendue ; — si l'*institor* est *alieni juris*, son père ou son maître n'est pas tenu des engagements qu'il a conclus comme préposé (14) ; — depuis le

(1) Ulp., 1, 17; 1, 20. Paul, *eod.*, 6 pr.
(2) Ulp., 1, 5; 1, 20 : *Ad summam reipublicæ navium exercitio pertinet.*
(3) Jul., *h. t.*, 1, 5.
(4) Ulp., 1, 19-20, 25; Gaius, 2; Paul, 3.
(5) Nep., *h. t.*, 4, 3-4.
(6) Gaius, IV, 71 : *Tabernæ præpositus.* Ulp., *h. t.*, [*D.*, XIV, 3], 3 : *Institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo instet.*
(7) *Ibid.*, 7, 1; Pap., 19, 1. Même un enfant : Gaius, *eod.*, 8.
(8) *Ibid.*, 3; 1-25 pr.; 5, 4 : *Circitores.* Paul, *eod.*, 4; 18 : *Tabernæ... sine loco.* Cf. les *institores gemmarum sericarumque vestium* (Sen., *fr.* 13, 52.)
(9) Paul, 16. Cette réserve exclut le *villicus* chargé de recueillir les fruits.
(10) Ulp., 5, 11-12. C'est l'opinion générale; elle s'appuie sur Ulp., 5, 17; Paul, *eod.*, 17, 3. L'exception au droit commun n'a pas de raison d'être si le tiers n'a pas su qu'il traitait avec un préposé. Cf. Mitteis, 29; Karlowa, II, 1128.
(11) La règle s'applique même au cas où le préposé est une femme (Ulp., *h. t.*, 7, 1) : bien qu'elle s'oblige ici pour autrui, on écarte le Sc. Velléien, par une faveur spéciale au commerce. Cf. p. 659, 4.
(12) Ulp., *h. t.*, 10, 2-4; Paul, *eod.*, 17, 4; *D.*, XV, 1, 47 pr. : *Cum Januario servo meo geri negotium veto.*
(13) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 13, 2; Ulp., 15.
(14) Ulp., *D.*, XIV, 1, 1, 5; 1, 20.

IIe siècle le tiers, qui contracte avec un *institor*, est réciproquement obligé envers le préposant, lorsque celui-ci n'a pas d'autre moyen de sauvegarder ses intérêts (1).

L'action institoire existait au temps de Servius (2). Elle est postérieure à l'action exercitoire qui lui a servi de modèle à plusieurs égards (3). L'une et l'autre présentent dans leur formule cette particularité que l'*intentio* mentionne le contrat conclu avec le préposé, tandis que la *condemnatio* est dirigée contre le préposant. En raison de cette particularité, les auteurs modernes appellent ces actions *adjectitiæ qualitatis*. La condamnation est subordonnée à la double preuve de l'existence du contrat et de la qualité de la personne qui s'est obligée (4).

c) Action de peculio. — Le père de famille, qui concède à son fils ou à son esclave la libre administration d'un pécule, est responsable envers les tiers des engagements contractés dans l'intérêt du pécule (5). Sa responsabilité est limitée à la valeur du pécule. L'action *de peculio* qui sanctionne l'obligation du maître est, comme les actions exercitoire et institoire (6), *adjectitiæ qualitatis*. Elle en diffère en plusieurs points :

Elle n'est pas perpétuelle : elle s'éteint à la mort du maître ou de l'administrateur du pécule, ou lorsque celui-ci est libéré de la puissance paternelle ou dominicale (7). En droit, il n'y a plus de pécule, mais comme, en fait, les valeurs qui le composent sont aux mains du maître ou de ses héritiers, il a paru inique de les dégager de leur obligation :

(1) Marcel., ap. Ulp., 1; Gaius, *eod.*, 2. Pour l'*exercitor*, le Préfet de l'annone ou le gouverneur de la province peut venir à son secours *extra ordinem*. (Ulp., *D.*, XIV, 1, 1, 18.) Le caractère exceptionnel du recours du préposant contre les tiers se justifie par la différence qui existe entre sa situation et celle des tiers : ceux-ci peuvent dire qu'ils ont traité en considération du préposant, tandis que celui-ci ignorait avec qui contracterait son préposé. D'autre part, en autorisant le préposant à agir contre les tiers, on enlèverait au préposé une recette sur laquelle il comptait peut-être pour se rembourser de ses avances : ce serait une iniquité.

(2) Ulp., *h. t.*, 5, 1. Il accorde l'action institoire à celui qui a traité avec un *insularius*; celui-ci est préposé *propter quæstum*.

(3) Lorsque par exemple l'*institor* ou le préposant est une femme : Ulp., *eod.*, 7, 1; *D.*, XIV, 1, 1, 16; XV, 1, 3, 2; cf. Jul., *h. t.*, 13, 2.

(4) Ce point a été contesté, mais Lenel, I, 300-314, a établi, après Keller, que l'*intentio* des actions *adjectitiæ qualitatis* était *in jus concepta*, et qu'elle était rédigée de manière à mettre en relief l'exception au droit commun consacrée par le Préteur. Si le préposé était un esclave, on agissait avec la fiction : *Si liber esset ex jure Quiritium*.

(5) L'action *de peculio* n'est pas donnée en raison d'un délit. Cependant si l'esclave a commis un dol à l'occasion d'un acte qui donne lieu à l'action *de peculio*, l'action de dol pourra être intentée *de peculio* (Lab., ap. Ulp., *D.*, IV, 3, 9, 3). De même si l'esclave a fait un acte en fraude de ses créanciers (Ulp., *D.*, XLII, 8, 6, 12). L'action *de peculio* se donne en raison d'un précaire conclu par le fils ou l'esclave à l'insu du maître. Pomp., *D.*, XLIII, 26, 13; Ulp., *h. t.*, [*D.*, XV, 1], 5, 1. Ulpien (42) signale une application anormale de l'action *de peculio* : l'adrogeant est tenu *de peculio* des dettes contractées par l'adrogé avant l'adrogation.

(6) L'action *de peculio* doit être plus ancienne que l'action institoire, car elle lui a servi de modèle à quelques égards. (Ulp., *D.*, XV, 3, 13, 2.) Elle est en tout cas antérieure à Servius (Ulp., *h. t.*, 9, 3).

(7) Si l'esclave a été vendu, les créanciers peuvent, d'après Gaius (*h. t.*, 27, 3), soit agir pour le tout contre le vendeur ou contre l'acheteur, soit réclamer à chacun une part de la dette. Proculus (ap. Paul, *eod.*, 47, 3) n'admet pas cette division : si le créancier n'a obtenu de l'acheteur qu'un payement partiel, il lui donne une action utile pour réclamer le surplus au vendeur.

l'Édit a créé une action *de peculio annalis* qui se donne contre eux pendant une année utile (1).

L'action *de peculio* n'est pas donnée contre le maître pour le tout, mais seulement, comme son nom l'indique, jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. On doit même en déduire ce qui peut être dû au maître ou aux personnes placées sous sa puissance, sa tutelle ou sa curatelle, ou dont il administre les biens (2). Cette règle souffre trois exceptions : lorsque le créancier du pécule a été victime d'un dol du maître, celui-ci doit réparer intégralement le préjudice causé (3) ; il en est de même si le pécule a été diminué par le dol du maître (4) ; si l'acte fait par le fils ou par l'esclave a profité au maître, celui-ci est tenu dans la mesure de son enrichissement (5).

Dans ce dernier cas, le créancier n'a pas à choisir entre deux actions distinctes : il n'a qu'une seule action (6), mais cette action a exceptionnellement deux *condemnationes* ; elle confère le pouvoir de condamner, soit *de in rem verso*, soit *de peculio*. Le juge examine d'abord s'il y a *in rem versum* ; il ne passe à l'estimation du pécule que si le maître n'a tiré de l'acte aucun profit ou s'il n'en a pas profité pour le tout (7). Il y a *in rem versum* dans tous les cas où l'esclave aurait un recours comme gérant d'affaires s'il eût été *sui juris* (8) ; mais, dans l'opinion qui a prévalu, on n'exige pas qu'il ait eu, au moment où il a fait l'acte, l'intention d'agir dans l'intérêt du maître (9).

(1) Ulp., *D.*, XV, 2, 1, 1-2. Cette clause existait dans l'édit au temps d'Auguste : Lab., *eod.*, 1, 10. Les héritiers, qui ont recueilli le pécule *(penes se)*, sont tenus pour leur part et portion et non solidairement (Jul., ap. Ulp., *D.*, X, 1, 32 pr.). Cependant la poursuite dirigée contre l'un d'eux épuise le droit du créancier qui ne peut agir contre les autres sans obtenir une *in integrum restitutio*. (Ulp., 2 *de disp.*, ed. Lenel, *Sav. Z.* XXVII, 71.) C'était l'opinion de Proc., ap. Paul., *l. c.*; les compilateurs l'ont adoptée en interpolant les textes divergents, Jul., *l. c.*; Ulp., 30, 4, où ils ont supprimé la négation. Cf. Lusignano, *La consummazione processuale dell' actio de peculio*, 1899; Ermann, *Sav. Z.*, XX, 243; Lenel, *E. P.*, 276.

(2) Serv., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 3; Ped., 9, 1; Jul., 9, 5 et 8. On tient compte même des obligations naturelles formées entre l'esclave et son maître.

(3) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 36.

(4) Ulp., *h. t.*, 21 pr. Cette exception existait au temps d'Auguste (Mela, *eod.*).

(5) Exception admise au temps d'Alfenus (*D.*, XV, 3, 16). Le maître est tenu *in solidum* si l'argent a servi à acheter des choses dont il avait besoin (*eod.*, 5 pr.).

(6) Gaius, IV, 74ᵃ; *Inst.*, IV, 7, 4ᵇ. L'action *de in rem verso* semble avoir eu une existence indépendante dans trois cas cités par Labéon (ap. Ulp., *D.*, XV, 3, 1, 1) : si le maître a retiré sans dol le pécule; si le pécule a été épuisé par un créancier antérieur; si l'année utile est écoulée (Cf. Karlowa, II, 1154.) Mais cela tient à ce que Labéon n'envisage ici que la clause susceptible de produire un effet (Cf. Lenel, I, 326. 1.) — C'est une question de savoir si l'action *de in rem verso* a été donnée, à titre d'action utile, pour des contrats conclus par des personnes *sui juris*. Un passage de Papinien (*D.*, XVII, 2, 82) et un rescrit de Dioclétien (*C.*, IV, 26, 7, 3) tendent à le prouver; mais l'action *de in rem verso* et l'action *de peculio* ont une formule unique, donc supposent une personne *alieni juris*. Cette conclusion est confirmée par Diocl., *C.*, II, 24, 4, relatif à un contrat fait par une personne *sui juris* : *Nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est*. Il y a donc lieu de croire que le premier rescrit a été interpolé, ainsi que le texte de Papinien : les compilateurs ont dans les deux cas ajouté la phrase finale *nisi*. Cf. Lenel, *Arch. civ. Pr.*, LXXVIII, 354; Schlossmann, *Jher. Jahrb.*, XXXIV, 316.

(7) *Inst.*, IV, 7, 4 *b*. Le créancier peut donc agir contre le maître lorsqu'il n'y a rien dans le pécule : Ulp., *h. t.*, 30 pr. Cf. Lenel, *E. P.*, 272.

(8) Ulp., *D.*, XV, 3, 3, 2.

(9) Ulp., *eod.*, 10, 10. Contra, Paul, II, 9, 1 *in fine*.

Les créanciers sont payés dans l'ordre où ils obtiennent jugement (1). Le plus diligent exclut les autres.

d) Action quod jussu. — Tout chef de famille est tenu *in solidum* de l'obligation, contractée sur son *jussum*, par une personne placée sous sa puissance. Le *jussum* n'est pas ici un ordre, une injonction (2) adressée au fils ou à l'esclave : un ordre serait inopérant, car il dépend du tiers de ne pas se prêter à son exécution. Le *jussum* est l'adhésion donnée par le chef de famille au contrat qui va être conclu. Cette adhésion a pour effet de mettre l'obligation à sa charge, comme s'il avait pris part, en personne, à la formation du contrat. — Le *jussum* peut être donné en une forme quelconque (3); il est ordinairement notifié au tiers intéressé (4); il est général ou spécial. Au Bas-Empire, pour prévenir certains abus, on exige un *jussum* spécial (5). Le *jussum* peut être révoqué, mais on doit prendre soin d'avertir celui à qui on l'a notifié.

L'action *quod jussu* existait au temps de Labéon (6). Elle figure dans l'édit avec l'action *de in rem verso,* comme une annexe de l'action *de peculio* : de là le nom d'*edictum triplex*, donné à cette partie de l'édit (7).

e) Action tributoire. — Lorsqu'une personne en puissance a entrepris un commerce (8) de sa propre initiative et non comme préposé, son actif commercial est le gage commun de tous ses créanciers. Si elle fait de mauvaises affaires, le maître ne peut invoquer ni son droit de propriété sur le pécule, ni un droit de préférence à titre de créancier privilégié (9). Le Préteur lui impose certains devoirs envers la masse des créanciers : sur leur requête, il l'invite à répartir entre eux *(in tributum vocare)* l'actif commercial après l'avoir liquidé. La répartition a lieu au prorata des créances ; chaque créancier s'oblige, au cas où l'on découvrirait des dettes ignorées, à restituer ce qu'il a reçu en trop. Le maître ne peut décliner cette mission qu'en renonçant à tout droit sur la *merx peculiaris;* le Préteur nomme alors un arbitre pour procéder à la répartition (10).

Quatre conditions sont requises pour que les créanciers puissent de-

(1) Gaius, *h. t.*, 10 : *Qui prior ad sententiam judicis pervenit*.

(2) Ulp., *D.*, XV, 4, 1 pr. Le mot *jussum* désigne tantôt un ordre, tantôt une simple autorisation. Lorsqu'on dit qu'un esclave a commis un délit *jussu domini*, on entend parler d'un ordre (p. 81, 2). Si au contraire une succession est déférée à un fils de famille ou à un esclave, le *jussum* nécessaire pour l'adition d'hérédité n'est plus un ordre : *potuit enim (servus), quamvis jubente domino, nolle adire.* (Alex., *C.*, VI, 24, 3.)

(3) Ulp., *D.*, XV, 4, 1, 1. On tient pour équivalent un mandat, ou une *subscriptio* sur le *chirographum* délivré par l'esclave. *Ibid.*, 1, 3-4. Une lettre de recommandation ne suffit pas: Ulp., *D.*, XVII, 1, 12, 12. *C. Th.*, II, 31, 1. Cf. Godefroy, I, 152.

(4) Ulp., *h. t.*, 1, 1, 2. Cassius (ap. Ulp., *D.*, XXIX, 2, 25, 4, marque la différence qui sépare le *jussum* de l'*auctoritas* du tuteur.

(5) Honor., *C. Th.*, II, 32, 1.

(6) Ap. Ulp., *eod*, 1, 9; *D.*, XLII, 8, 6, 12. Cette action paraît inconnue à Alfenus, ou au jurisconsulte dont il cite la réponse (*D.*, XV, 3, 16).

(7) Ulp., *D.*, XV, 1, 1, 1. Sur cet édit et sur la formule de l'action *quod jussu,* cf. Lenel, 1, 320, 323.

(8) L'édit parlait de *merx peculiaris* (Gaius, IV, 72): la jurisprudence en étendit l'application à toute espèce de commerce. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XIV, 4], 1, 1. L'édit est du temps d'Auguste : Labéon a résolu plusieurs questions qui s'y rattachent.

(9) Ulp., *h. t.*, 5, 7; 1, 2. Le maître est obligé même si ses créances absorbent tout le pécule.

(10) Ulp., *h. t.*, 5, 6 et 11; 5, 19.

mander au Préteur la distribution de l'actif : que le fils ou l'esclave soit insolvable; qu'il ait fait le commerce; que ce commerce ait été connu du maître et toléré par lui; que les créanciers aient contracté à l'occasion de ce commerce. — Si l'esclave fait en même temps plusieurs commerces, ou un seul commerce en des lieux différents, on procède à des répartitions distinctes pour chaque établissement (1).

Le devoir imposé par le Préteur doit être accompli de bonne foi : le maître qui commet un dol dans la répartition, ou qui ne met pas intégralement l'actif à la disposition de l'arbitre, est responsable du préjudice causé. Le Préteur accorde aux créanciers une action tributoire. Cette action ressemble à certains égards à l'action de dol : elle se donne contre un pupille s'il est *doli capax*; contre les héritiers, dans la mesure de leur enrichissement. Mais elle ne tend pas à l'application d'une peine; elle n'a pour but que la réparation du préjudice : elle est perpétuelle (2). — Les créanciers peuvent, s'ils le préfèrent, intenter l'action *de peculio* : ils y ont intérêt lorsque l'actif commercial ne comprend qu'une faible partie du pécule et que la créance du maître est peu importante.

Dans les cas où sont données les actions *adjectitiæ qualitatis*, on peut aussi, dit Justinien dans ses Institutes, agir directement contre le maître par une *condictio*, comme si l'on avait contracté avec lui (3); le cas de l'action *de peculio* est seul excepté (4). Cette *condictio*, dont on trouve la trace dans quelques textes classiques, suspects d'interpolation (5), paraît être de même nature que la *condictio generalis* imaginée par les compilateurs : c'est une construction d'un caractère plutôt théorique que pratique.

2. Modifications dues a la jurisprudence. — *a) Contrats conclus par un tuteur au nom du pupille.* — Ces contrats produisent leurs effets au profit ou au préjudice du pupille (p. 212, 3). On donne une action utile au pupille ou contre lui (6). Le tuteur peut écarter par une exception l'action qui serait intentée contre lui en raison d'un engagement qu'il a contracté au nom du pupille (7). Il devient un représentant au sens

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 3; 5, 4; 5, 15-16.

(2) Ulp., 3, 1-2; 7, 2-4; Jul., *h. t.*, 8. On ne connaît pas la formule de l'action tributoire. Il est vraisemblable que le créancier invoquait, comme dans les actions *adjectitiæ qualitatis*, le contrat conclu avec le fils ou l'esclave, et que la *condemnatio* tendait à *quanto minus eo nomine dolo malo N° N° A° A° tributum est quam ex edicto meo A° A° tribui debuit, tantam pecuniam*, etc. Cf. Lenel, I, 317.

(3) *Inst.*, IV, 7, 8 : *Illud in summa admonendi sumus id, quod jussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem ejus versum fuerit, directo quoque possse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intellegitur*.

(4) L'exception relative à l'action *de peculio* tient à ce que, sous Justinien, cette action est à la fois une action générale et une action spéciale. Comme action générale elle peut remplacer toutes les autres actions *adjectitiæ qualitatis*. Mais, dit Théophile dans sa paraphrase (IV, 7, 5), il ne serait pas raisonnable de préférer l'action *de peculio* générale, car dans les actions spéciales la preuve est plus facile et l'on peut obtenir une condamnation pour le tout. Cf. Collinet, *Etudes*, I, 206.

(5) P. 411, 1; Paul., *D.*, XII, 1, 29; XIV, 3, 17, 5. Cf. p. 540.

(6) Scæv., *D.*, XXVI, 9, 8; Ulp., *eod.*, 2; Alex., *C.*, V, 39, 2; Diocl., *eod.*, 5.

(7) Pap., *D.*, XXVI, 9, 5, 1; Carac., *C.*, V, 39, 1.

moderne du mot. La même règle fut appliquée au curateur du fou, du mineur de 25 ans, à l'*actor* d'un municipe (1).

b) Contrats conclus par un mandataire. — La modification fut ici moins profonde. Le Préteur donnait les actions exercitoire et institoire, lors même que le préposé n'était pas sous la puissance du préposant : on s'est borné à étendre les règles de l'action institoire à des personnes qui ne sont pas préposées à un commerce. Papinien, le premier, sous l'influence du droit grec, proposa d'accorder aux tiers qui traitent avec un mandataire un recours contre le mandant, une action quasi institoire ou *ad exemplum institoriæ actionis.* Il en fit l'application au mandat de contracter un emprunt (2), au mandat de vendre et à quelques autres hypothèses (3). A son avis, celui qui traite avec un mandataire, comme celui qui contracte avec un *institor,* agit en considération du mandant (4). Mais il n'y a pas ici représentation : le mandataire reste obligé à côté du mandant au lieu de s'effacer devant lui ; il n'a pas, comme le tuteur, une exception pour écarter l'action du créancier (5). Le mandant ne devient pas créancier par l'intermédiaire du mandataire ; il ne peut agir contre les tiers en vertu d'un contrat auquel il n'a pas pris part. On excepte le cas où il n'y aurait pas d'autre moyen de sauvegarder les intérêts du mandant (6). Telle est également la règle suivie à l'égard des armateurs, lorsqu'ils agissent *extra ordinem* (7).

En somme, l'innovation introduite par Papinien n'a rien changé au principe exclusif de la représentation : elle en a seulement atténué les inconvénients en laissant au Préteur le soin de décider, suivant les circonstances, s'il y a lieu d'en écarter l'application (8). Deux excep-

(1) Ulp., *D.*, XIII, 5, 5, 9.

(2) *D.*, XIV, 3, 19 : *quia et hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.* Labéon donnait une action quasi-institoire contre l'entrepreneur des pompes funèbres en raison des actes du *servus pollinctor.* (Ap. Ulp., *eod.*, 5, 8.)

(3) Ap. Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 5; XIX, 1, 13, 25; Pap., *D.*, III, 3, 68; cf. Ulp., *D.*, XLV, 1, 79; III, 3, 28; Diocl., *C.*, III, 42, 8.

(4) Pap., *D.*, III, 5, 31 pr. : *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam : cujus litteras creditor secutus contraxit...*

(5) C'est ce que dit Papinien pour le *procurator absentis. Vat. fr.*, 328, 332.

(6) Marcel., ap. Ulp., *D.*, XIV, 3, 1; Gaius, *eod.*, 2. Si par exemple le mandataire devient insolvable, le mandant n'a pas à subir le concours des autres créanciers; il agit directement contre le tiers qui a traité avec le mandataire. On accorde le même droit au mandant lorsque le mandataire n'a pas d'intérêt à l'en empêcher : tel est le cas d'un mandat de stipuler (Pap., *D.*, III, 3, 68); d'un mandat de vendre lorsque le mandant offre de garantir le mandataire contre le recours de l'acheteur; d'un mandat d'acheter lorsque le mandant a fourni l'argent. Dans tous ces cas on simplifiait la procédure en permettant au mandant d'agir contre le tiers sans demander au mandataire la cession de son action. Mais si le mandataire a payé *de suo* (cf. Pap., *D.*, XX, 4, 3, 1), il y aurait injustice à permettre au mandant d'exercer l'action en garantie contre l'éviction : ce serait enlever au mandataire un moyen d'obtenir le remboursement de ses avances en lui refusant la cession de ses actions. Pap., *D.*, XLI, 2, 49, 2. Un texte d'apparence générale (Ulp., *D.*, XIX, 1, 13, 25) a donné lieu de penser que le mandant avait toujours une action contre les tiers. Mais cette généralisation ne saurait être admise en présence d'Ulp., *D.*, XIV, 3, 1, et des textes qui viennent d'être cités. Elle est due à une interpolation : Ulpien n'a pu appeler *ex empto* l'action donnée au vendeur. Cf. Costa, *Papiniano*, IV, 172. Mitteis, *Priv. R.*, 228.

(7) Ulp., *D.*, XIV, 1, 1, 18 : *Solent plane præfecti propter ministerium annonæ, item... præsides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.* Cf. Mitteis, *Trapezitica*, 1899, p. 5. Texte interpolé : Lenel EP³, § 78.

(8) C'est à J.-E. Labbé que revient le mérite d'avoir expliqué quelle fut en cette

tions ont été admises (1) : l'une pour les contrats conclus par les tuteurs ou curateurs ; l'autre, spéciale au *mutuum*, est une conséquence de la règle qui permet d'acquérir ou de transmettre la possession *per extraneam personam* (2). L'aliénation, nécessaire pour la formation du *mutuum* peut être faite par un mandataire ou au profit d'un mandataire : dans le premier cas, c'est le mandant qui devient créancier, puisqu'il est censé avoir fait l'aliénation ; dans le second, c'est lui qui devient seul débiteur, puisque c'est lui qui a acquis la possession (3). Cette exception apparaît dès le règne de Trajan (4); on l'a étendue au payement de l'indû (5).

Sous Justinien, lorsque le mandataire ne s'est pas conformé aux instructions reçues, les tiers qui ont traité avec lui peuvent exercer une action *de in rem verso* utile contre le mandant. C'est une dérogation à la règle qui restreint l'application de l'action *de in rem verso* aux contrats faits par une personne *alieni juris*.

CHAPITRE III

Contrats solennels.

Les solennités, requises pour la formation des contrats, sont de trois sortes : *æs et libra. verba. litteræ.* La forme la plus ancienne est celle qui suppose l'emploi de l'airain et de la balance; elle est contemporaine de la mancipation; elle a été, comme elle, consacrée par les Douze Tables, mais elle est tombée bien plus tôt en désuétude. La forme verbale et la forme littérale exigent, l'une la prononciation de certaines paroles, l'autre une mention écrite sur un registre. La première subsiste encore sous Justinien; la seconde a disparu d'assez bonne heure : on n'en trouve plus la trace après l'époque des Sévères.

I Contrat *per æs et libram.*

Le mot *nexum* a une double acception : dans un sens large, il désigne tout acte *per æs et libram*, que cet acte soit translatif de propriété, créateur d'obligation ou libératoire d'une dette (6). Dans une acception plus

matière la doctrine du droit classique. Il a fait à ce sujet une comparaison judicieuse entre le système romain et celui du droit moderne et montré comment le Préteur romain et notre législateur, préoccupés du même intérêt de justice, y ont donné satisfaction par des procédés différents (sur Ortolan, III, 876-880).

(1) Il y a une autre exception pour la formation du contrat de société : Lab., D., XVII, 2, 84 : *Quoties jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit.* Mais l'expression *directo agi posse* que l'on retrouve dans *Inst.*, IV, 7, 8, rend le texte suspect d'interpolation.

(2) Sur la portée de cette exception, cf. Gerardin, *N. R. H.*, 1900, p. 31.

(3) Paul, *D.*, XLV, 1, 126, 2.

(4) Elle est attribuée à Aristo (Ulp., *D.*, XII, 1, 9, 8). Julien en fit l'application au *mutuum* consenti par un tuteur (*D.*, XXVI, 7, 9 pr.

(5) Fait à un mandataire, il oblige le mandant (Paul, *D.*, XII, 6, 57, 1.

(6) Fest., v° *Nexum : Quodcumque per æs et libram geritur...; nexi datio*; Gaius, II, 27; Cic., *Top.*, 5, 28 : *traditio nexu; p. Mur.*, 2, 3 : *se nexu obligavit.*

étroite et plus usuelle, il désigne le moyen de s'obliger par l'airain et la balance (1).

A l'origine, le *nexum* a vraisemblablement servi à réaliser un prêt d'argent; il est devenu ensuite un mode général de s'obliger. Comme dans la mancipation, la pesée a été réelle avant de devenir fictive. Mais l'obligation doit avoir pour objet de l'argent ou une quantité certaine de choses qui se pèsent. On a étendu l'usage du *nexum* aux choses qui se comptent et même à celles qui se mesurent (2).

La forme du *nexum* est la même que celle de la mancipation; les deux actes ne diffèrent que par la déclaration faite au moment de la pesée pour indiquer la portée de l'acte. Dans le *nexum*, la *nuncupatio* manifeste la volonté des parties de faire naître une obligation (3) : elle contient une *damnatio*.

Le *nexum* a pour effet d'obliger le débiteur, de le soumettre éventuellement au pouvoir du créancier jusqu'à parfait payement (4). Le débiteur, qui ne peut s'acquitter à l'échéance, doit se mettre à la disposition du créancier (6) et travailler pour lui comme un esclave (5). Sa personne et ses biens (7) répondent du payement de la dette; ses enfants même en sont tenus (8).

La sanction du prêt est rigoureuse. Si à défaut de payement (9) le débiteur refuse ses services, le créancier a recours à la *manus injectio* (10).

(1) Fest. : *Nectere ligare significat;* Varr., *L. l.*, VII, 105 : *Nexum... scribit Mucius, quæ per æs et libram fiant ut obligentur.*

(2) Gaius, III, 175.

(3) Cincius, ap. Fest., v° *Nuncupata.*

(4) D'après Mitteis (*Sav. Z.*, XXII, 113), *damnas esse* signifie simplement être débiteur. Mais les textes distinguent le *reus* du *damnatus*. Macr., *Sat.*, III, 3 : *Voti reus... vocatur, qui suscepto voto se obligat, damnatus autem qui promissa non solvit.* Cf. Serv., *Æn.*, IV, 699. Celui qui a fait un vœu doit exécuter son engagement sans délai, dès que les dieux ont exaucé sa demande, sinon il est à la discrétion de la divinité *(voti damnatus)*. Pour sortir de cet état, il ne suffit pas d'acquitter ultérieurement la promesse, il faut se libérer (*religione se exsolvere* : Liv., V, 25).

(5) *Se nexum dare; nexum inire.* Liv., VIII, 28; VII, 19.

(6) Varr., *L. l.*, VII, 105 : *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debe[t, d]at, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus.* Suivant certains auteurs, le droit aux services du débiteur suppose un arrangement intervenu après l'*abductio* : le créancier renoncerait au droit de tuer ou de vendre à l'étranger le débiteur, qui de son côté promettrait de travailler au profit du créancier (Girard, 482, 2) ou se manciperait lui-même à son créancier (Mitteis, *Sav. Z.*, XXII, 124). Mais il n'y a aucune trace de cette convention, et voici un texte qui l'exclut. Liv., II, 23, prouve que le but normal de l'*abductio* est de placer le débiteur *in servitio*, conformément au droit du créancier : *Ductum se ab creditore non in servitium. sed in ergastulum et carnificinam.* Le droit aux services résulte directement du contrat : l'emprunteur doit payer ou *se nexum dare*, de même que le père de famille, dont le fils ou l'esclave a commis un délit, doit payer ou *filium noxæ dare.*

(7) En 259, un édit des consuls suspend, par mesure de salut public, le droit des créanciers : *Ne quis militis, donec in castra esset, bona possideret aut venderet.* (Liv., II, 24.) Cic., *De har.*, 7 : *Multæ sunt domus in hac urbe... jure... nexi.*

(8) Liv., *l. c.* : *Ne quis militis... liberos nepotesque moraretur.* Cf. Liv., VIII, 28.

(9) Aucun texte ne dit que l'emprunteur jouisse du délai de 30 jours accordé par les Douze Tables au *judicatus* pour se libérer. (Gell., XX, 1.)

(10) Le créancier peut recourir à la force (Val. Max., VI, 1, 9 : *Cum propter domesticam ruinam et grave æs alienum P. Plotio se dare adulescentulus admodum coactus esset.* On a tenté d'expliquer autrement la sanction rigoureuse du prêt. D'après Mitteis (*Sav. Z.*, XXII, 96), l'emprunteur se mancipait à son créancier et devenait son esclave; cette mancipation était consécutive au prêt. Il y avait deux actes distincts *per æs et libram*; l'un, qui faisait naître le prêt, était sanctionné par l'action *sacramenti in personam;* l'autre, par lequel l'emprunteur se donnait en

Il agit en vertu de son contrat (1); il n'a pas besoin d'obtenir jugement (2). Il doit simplement demander au magistrat (3) de lui attribuer le débiteur *(addictio)*. Après quoi il prendra des mesures pour le retenir chez lui. Il le fera incarcérer et charger de chaînes (4).

Les droits rigoureux, attribués aux créanciers sur leurs obligés, ont été restreints par la loi Pœtelia de l'an 428 (5). Malgré les précautions prises par les Douze Tables, les débiteurs étaient à la merci de leurs créanciers : sous prétexte de les empêcher de fuir, on leur infligeait les pires traitements. Les protestations de la plèbe finirent par avoir raison de la résistance des patriciens. La loi Pœtelia ordonne la mise en liberté de tous les *nexi* (6); elle défend de charger les débiteurs de chaînes ou d'entraves (7), à moins que la dette ne résulte d'un délit (8). Elle abolit, en outre, le droit du créancier sur le corps de son

gage, était sanctionné par la revendication. Mais il n'y a pas trace dans les textes de ce double *nexum*, ni de la *capitis deminutio* subie par le débiteur devenu esclave; et il est peu vraisemblable que, pour concéder un gage éventuel sur un citoyen *sui juris*, on ait eu recours à la mancipation qui entraîne un transfert actuel de la propriété. — D'après Lenel (*Sav. Z.*, XXIII, 97), le droit du créancier ne serait la conséquence ni du prêt, ni d'une mancipation : il résulterait d'un engagement de l'emprunteur qui se porterait *vas* de sa propre dette. Cet engagement autoriserait le créancier à retenir le débiteur *nervo ac compedibus* et à l'employer comme travailleur : ce serait un *vadimonio nexus*. L'auteur reconnaît que c'est là une simple hypothèse : il nous paraît difficile de l'accepter. Elle est fondée sur une analogie prétendue entre le droit privé et le droit public, entre l'emprunteur et le *manceps* qui se porte *præs* de sa propre dette. (Fest., v° *Manceps*.) Mais cette analogie devrait conduire à admettre la vente du *vas*, et Lenel ne va pas jusque-là. Cf. Huvelin, v° *Nexum*, *Dict. Antiq.*, IV, 77; Senn, *N. R. H.*, XXIX, 49; Kretschmar, *Sav. Z.*, XXIX, 227; Pflueger, *Nexum und mancipium*, 1908.

(1) Denys, VI, 24 (éd. Reiske) indique deux causes qui autorisent les créanciers à user de contrainte envers leurs débiteurs : un contrat ou un jugement. Dans l'édition Didot, on a changé le sens du texte et réduit les deux causes à une, en déplaçant le mot καὶ qui est avant τῆς τιμωρίας : on l'a reporté après τοῦ ἐν τῇ πόλει.

(2) Un passage de Tite-Live (VI, 34) suppose une *addictio* prononcée contre un insolvable à la suite d'une *judicatio* : *Cum jam ex re nihil dari posset, fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant, pœnaque in vicem fidei cesserat.* Mais rien ne prouve qu'il s'agit d'un débiteur *ex nexu*.

(3) L'intervention du magistrat est attestée par Liv., II, 27 : *Appius... quam asperrime poterat jus de creditis pecuniis dicere; deinceps et qui ante nexi fuerant, creditoribus tradebantur et nectebantur alii.* Cf. VI, 18, 27. Le décret du magistrat pouvait être rendu inefficace par l'*intercessio* d'un tribun. (Liv., VI, 27.)

(4) *Nexus vinctus.* Liv., II, 23; 24; VI, 36. Cf. p. 85.

(5) Liv., VIII, 28. D'après Varron (*L. l.*, VII, 105), elle serait du dictateur de 441 ; mais l'existence de cette dictature est douteuse. Cf. Mommsen, *Röm. Forsch.*, II, 244.

(6) Cic., *De Rep.*, II, 34 : *Omnia nexa civium liberata.* Liv., 8, 28 : *Nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur.* Varron (*L. l.*, VII, 105) indique une restriction qui n'est pas mentionnée ailleurs : la loi ne s'appliquerait qu'aux *nexi qui bonam copiam jurarent*. Le sens de ces mots, qui se retrouvent dans la loi Julia *municip.* de 709, n'est pas clair. S'agit-il des *nexi* qui affirment sous serment qu'ils ont de quoi payer (Voigt, *Gesch. des röm. Exekutionsrechts*, 109; Mommsen, *Sav. Z.*, XXIII, 354, 2), ou qu'ils ne sont pas solvables (Gallinger, *Der Offenbarungseid*, 1884, p. 53)? Mais dans le premier cas la loi n'aurait qu'une portée bien restreinte, car il est rare qu'on use de rigueur envers un débiteur solvable ; dans le second cas on laisserait le créancier à la merci du débiteur malhonnête qui, après avoir dissipé ses biens, viendrait jurer qu'il n'a plus rien. Peut-être s'agit-il d'une garantie morale substituée à la garantie matérielle consistant à enchaîner le débiteur : la loi aurait exigé du *nexus* la promesse sous serment de se tenir à la disposition du créancier. Cette promesse, qui n'avait pas de sanction civile, dut tomber en désuétude, et cela explique pourquoi Cicéron et Tite-Live n'en parlent pas.

(7) Liv., VIII, 28 : *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur.* Cf. Ter., *Phorm.*, 325 : *in nervum erumpere*.

(8) Ce sont les débiteurs *ex delicto* que visent les textes postérieurs lorsqu'ils

débiteur : le créancier ne peut plus tuer l'*addictus* ni le vendre comme esclave à l'étranger; il ne peut plus exiger d'une façon sûre et permanente les services d'un débiteur récalcitrant. Le droit d'exercer la contrainte privée perd de sa force vis-à-vis d'une personne qu'on ne peut plus enchaîner (1). C'est une des raisons qui firent renoncer à l'usage du *nexum*.

La loi Pœtelia fut le point de départ d'une ère nouvelle. Les Romains eurent conscience du changement profond apporté au droit des créanciers (2). Le débiteur qui ne paye pas reste citoyen. Ses biens et non son corps répondent du payement de sa dette. La loi Pœtelia eut une autre conséquence : pour la première fois, la loi fait une distinction entre les délits et les actes non délictueux. C'est l'origine de la distinction qui s'est précisée plus tard entre les obligations résultant d'un délit et celles qui ont leur source dans un contrat.

II. Contrats *verbis*.

Les contrats, qui se forment par la prononciation de paroles solennelles, sont : la stipulation, la *dotis dictio*, la promesse sous serment des services d'un affranchi.

§ 1er. **La stipulation.** — La stipulation est le seul contrat verbal qui ait reçu à l'époque classique une portée générale. C'est la forme régulièrement employée pour donner force juridique à toute espèce de convention faite en vue de créer une obligation. Que cette obligation ait pour objet une somme d'argent, une chose certaine ou incertaine, elle est toujours sanctionnée par la loi, lorsqu'elle a été contractée en forme de stipulation.

1. Formes. — *a) Ancien droit.* — La stipulation exige, pour sa formation, une interrogation suivie d'une réponse concordante, l'emploi de paroles solennelles. Le créancier dit : *centum dare spondesne?* Si le débiteur répond : *centum dare spondeo,* il est obligé à payer 100.

Le terme d'abord usité fut le verbe *spondere*. L'acte s'appelait *sponsio;* il servait à conclure les traités internationaux aussi bien que les accords entre citoyens romains (3). Dans la suite on autorisa l'emploi

parlent d'*addicti* chargés de chaînes ou d'entraves. Liv., XXIII, 14, en 538; *Minuciorum sententia* en 537 (*C I L.*, I, 199). Cf. Gell., XX, 1; Col., I, 3.

(1) Gell., *Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esse.* Il ne faut pas prendre ce texte à la lettre et en conclure que l'institution prétorienne de la *bonorum venditio* remonte à la loi Pœtelia. Il n'est pas vraisemblable que la loi ait employé le mot *bona* au lieu de la locution antique *familia pecuniaque*. Cf. Karlowa, II, 961; Bekker, *Sav Z.*, XXIII, 28.

(2) Liv., VIII, 28 : *Plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum esse quod necti desierunt : mutatum autem jus.*

(3) Gaius, III. 92-94. *Spondere* désigne un acte formel de volonté (Varr., *L. l.*, VI, 7, 69; Tac.. *Ann.*, II, 59; *Hist.*, II, 42). La *sponsio* paraît avoir eu très anciennement un caractère religieux (Fest., v° *Spondere*). Au temps d'Homère, elle exigeait une libation de vin pur (*Iliad.*, II, 338; III, 155). Mais de bonne heure, la libation cessa d'être effective : ce fut un acte *dicis causa*. Elle paraît avoir eu ce caractère au temps de la loi de Gortyne (§§ 25, 30): le mot ἐπισπένδω désigne un mode de contracter. A plus forte raison, la *sponsio* n'a-t-elle plus rien de religieux à Rome. Certains auteurs confondent la *sponsio* avec le serment prêté sur l'autel d'Hercule (Mommsen, I, 268; Girard, 486). Ils invoquent Fest., *ep.*, p. 59 : *consponsor, conjurator*. Mais on ne saurait affirmer qu'en rapprochant ces mots, Festus ait prétendu

de termes différents : *fidepromittisne, dabisne?* L'acte reçut alors la dénomination générale de stipulation, parce que, malgré la variété des formes, il avait toujours pour but de rendre ferme l'engagement contracté (1).

La stipulation participe, à plusieurs égards, au caractère des actes juridiques anciens *(actus legitimi)* : c'est un acte simple. Il ne peut servir à créer plusieurs droits distincts au profit de la même personne (2). Si deux contractants font simultanément plusieurs conventions relatives à la même affaire, il faut autant de stipulations que de conventions. L'ancien droit n'admet pas les actes juridiques complexes (3). — C'est un acte unilatéral. — La formation de la stipulation est soumise à la condition de l'unité de temps et de l'unité de lieu (4) : les parties doivent être présentes (5); la réponse doit suivre immédiatement l'interrogation (6); la stipulation, nulle à l'origine, ne peut être rendue valable par aucun fait postérieur.

A d'autres points de vue, elle diffère des actes juridiques anciens : il n'y a ni acte par l'airain et la balance, ni témoins, ni invocation du *jus quiritium* ou de la *lex publica ;* toutes les formes de la stipulation, sauf la *sponsio*, sont accessibles aux pérégrins; la stipulation comporte l'apposition d'une modalité.

b) Époque classique. — Le formalisme a été atténué. La condition d'une interrogation suivie d'une réponse concordante, requise encore par Gaius, ne l'est plus par Ulpien (7) : il n'est pas nécessaire que les

les identifier. Ailleurs, il donne une définition des *consposi* où il n'est pas fait allusion au serment : *Consposos antiqui dicebant fide mutua colligatos.* Il est plus vraisemblable que Festus a cité deux modes distincts usités pour rendre ferme une promesse. Cf. Sc. *de Bacchan.* de l'an 568 (*C. I. L.*, I, 196) : *Neve... conjourase neve convovise neve conpromesise volet.* — On a signalé d'autre part l'analogie qui existerait entre la forme de la *sponsio* et le rituel du serment. Celui qui reçoit le serment doit, dit-on, *præire verbis.* Mais *præire verbis*, ce n'est pas interroger l'autre partie (Plaut., *Rud.*, V, 2, 40. Liv., XLIII, 17; XXII, 53; Gell., XVI, 4), c'est lui souffler ou lui lire la formule qu'elle doit prononcer afin d'éviter une irrégularité qui rendrait nécessaire un sacrifice expiatoire. Cet usage s'applique aux formules de serment ou autres récitées par les prêtres, les magistrats, les soldats. Un *custos* veillait au prononcé exact de la formule. Plin., *H. n.*, XXVIII, 11.

(1) Paul., V, 7, 1 : *Stipulum . veteres firmum appellaverunt.*

(2) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLV, 1]. 29 pr.

(3) Un même acte ne peut faire acquérir un droit réel et un droit de créance. Cette règle était encore observée à la fin de la République : pour imposer à l'usufruitier l'obligation de jouir en bon père de famille, il faut joindre à l'acte créateur du droit réel (*in jure cessio*) une stipulation *(cautio usufructuaria)*. Le testament seul échappe à la règle : il peut conférer la propriété, créer une obligation, contenir une nomination de tuteur, un affranchissement. Mais c'est un acte public qui a conservé de tout temps le caractère et les effets d'un acte législatif.

(4) La règle s'applique à la mancipation, à l'*in jure cessio* (Gaius, I, 119; II, 24), à l'*auctoritas* du tuteur (*Inst.*, I, 21, 2), au testament (Ulp., *D.*, XXVIII, 2, 21, 3). Elle semble méconnue pour l'émancipation et pour l'adoption : les mancipations successives suivies d'affranchissement peuvent être séparées par des intervalles plus ou moins longs. Mais la dérogation n'est qu'apparente : l'émancipation et l'adoption sont le résultat d'une série d'actes indépendants les uns des autres et produisant chacun son effet.

(5) *Inst.*, III, 19, 12.

(6) Venul., *h. t.*, 137 pr. : *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet.* Cette condition a été maintenue par le Code civil pour le mariage (C. civ. 75) et pour le testament (C. civ. 976).

(7) *H. t.*, 1, 2, Cf. Flor., *h. t.*, 65 pr.; Paul., 134, 1; *Inst.*, III, 19, 5. La concordance devait exister également dans le fond (Ulp., *h. t.*, 1, 5). Cette règle a

parties emploient le même mot, ni qu'elles soient capables de parler (1), ni même que la réponse soit immédiate. Paul admet l'efficacité des pactes joints *in continenti* à la stipulation (2).

Les paroles sacramentelles ne sont plus exigées : les parties jouissent d'une assez grande latitude dans le choix des termes ; on peut même s'exprimer en grec.

Ce qui contribua surtout à atténuer le formalisme, ce fut l'usage emprunté aux Grecs de constater par écrit les conventions (3). L'écrit où l'on insérait la clause de stipulation (4) portait le nom de *cautio* (5). Il facilitait la preuve en justice quant au fond, et même quant à la forme, grâce à une double présomption admise par la jurisprudence : l'écrit rédigé par le débiteur ou en sa présence fait présumer que la stipulation a eu lieu (6) ; lorsque l'écrit constate la promesse du débiteur, on doit présumer que l'interrogation préalable a eu lieu, à moins qu'il ne prouve que le stipulant était absent (7).

Dès lors la stipulation fut plus souvent une fiction qu'une réalité : de sa forme antique, il ne reste que la nécessité de la présence des parties. L'écriture prend la place de la parole comme en droit moderne (8). La prononciation de paroles solennelles, qui pendant tant de siècles avait joué un rôle prépondérant dans la formation des actes juridiques, n'est guère plus qu'un souvenir.

c) Bas-Empire. — Une constitution de Léon a supprimé, en 472, l'emploi des paroles solennelles (9). Sous Justinien, la présence des parties à l'acte n'est plus indispensable : il suffit de leur présence dans la cité le jour de la rédaction de l'écrit (10). C'est une conception nouvelle, une forme d'acte qui n'a de commun que le nom avec la stipulation.

2. Applications. — A l'origine, la stipulation servait à rendre juridi-

été atténuée pour les stipulations ayant pour objet une quantité : si la réponse indique une quantité plus forte ou plus faible que la demande, la stipulation est valable jusqu'à concurrence de la somme la plus faible (*h. t.*, 1, 4 ; 83, 3).

(1) Le muet peut faire une délégation par écrit ou par un signe de tête. Ulp., *D.*, XLVI, 2, 17.

(2) P. 511, 1. Il en est de même des pactes qui précèdent la stipulation (*h. t.*, 134, 3 ; 140 pr. ; Alex., *C.*, II, 4, 6, 1 ; Diocl., *C.*, II, 3, 27). On évitait ainsi les difficultés de rédaction d'une formule visant les détails de l'accord intervenu.

(3) Cet usage, qui existait dès le temps de Cicéron (*ad Her.*, II, 9, 13 ; *Part. Orat.*, 37. 130 ; *p. Cæc.*, 18, 51 ; *ad Att.*, XI, 17, 2), se développa sous l'Empire.

(4) *Stipulatio subjecta* : Diocl., *C.*, IV, 64, 3 ; VIII, 44, 3 ; Ulp., *D.*, II, 14, 7, 12. *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri : Rogavit Titius, spopondit Mævius, hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis.* Cf. Pius, *C.*, IV, 32, 1. Cet usage s'est introduit au IIe siècle dans les pays de civilisation grecque : il n'existait pas en Thébaïde en 154 (*P. Louvre*, 17), mais il était suivi à Oxyrhynchos en 170 (*P. Oxy.*, VI, 905). Un papyrus d'El-Fayoum de l'an 235 en fait une application inattendue, pour confirmer un testament. Wessely, *Wiener Studien*, IX, 241.

(5) Callistr., *D.*, XXIV, 3, 48 ; Paul. *h. t.*, 134, 2 : *litteris cavere.*

(6) Ulp., *h. t.*, 30 ; *D.*, XXVII, 7, 4, 3.

(7) Paul, V, 7, 2 ; Sev., Car., *C.*, VIII, 38, 1.

(8) Mais, dit Paul (*D.*, XLIV, 7, 38), *non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt litteræ, obligamur.*

(9) *C.*, VIII, 38, 10.

(10) *Ibid.*, 14, 2. *Inst.*, III, 19, 12. Cf. Riccobono, *Sav. Z.*, XLIII, 262.

quement obligatoires les promesses de sommes d'argent, puis celles qui avaient pour objet une chose certaine autre que de l'argent. Lorsqu'on promettait un fait ou une abstention, c'est-à-dire une chose incertaine, l'engagement était sans valeur juridique : pour le rendre efficace, on avait recours à un expédient, la stipulation de peine. Le créancier stipulait une somme d'argent que le débiteur promettait de payer s'il n'exécutait pas un fait convenu (p. 597).

A l'époque classique, lorsque les obligations ayant pour objet un *incertum* furent obligatoires, on en stipulait la valeur pour donner plus de précision au droit du demandeur, écarter l'arbitraire du juge, faciliter la preuve en justice.

La stipulation sert aussi à réaliser certaines conventions qui par elles-mêmes n'ont pas de valeur juridique, comme la donation, la dot, la promesse d'intérêts par un emprunteur. Elle sert également à faire une novation ou une délégation, à fortifier le droit d'un créancier au moyen de cautions ou de codébiteurs solidaires, à faire naître une obligation au profit de plusieurs personnes dont l'une est le créancier principal, l'autre un créancier accessoire (*adstipulator*), ou qui ont toutes un droit égal à exiger la totalité de la dette (cocréanciers solidaires).

3. Sanction. — On ignore à quelle époque la stipulation devint juridiquement obligatoire, mais on peut affirmer qu'elle l'était au temps de la loi Aquilia. Cette loi, qui est de la seconde moitié du v[e] siècle, contient un chapitre relatif à une fraude commise au préjudice d'un stipulant. On ignore également comment la stipulation fut sanctionnée à l'origine, mais tout porte à croire qu'elle le fut comme à l'époque ultérieure, au moyen d'une *condictio*. On ne peut songer à la *manus injectio* qui a un caractère exceptionnel; et il est peu vraisemblable qu'on ait eu recours à l'action de la loi par serment : l'obligation qui résulte de la stipulation est trop différente de l'obligation primitive pour qu'on ait établi une sanction uniforme. Le créancier qui suit la foi de son débiteur ne peut être assimilé à celui qui acquiert un droit sur le corps de ce débiteur. La procédure par serment était trop compliquée, et aussi trop périlleuse en raison du dépôt de 50 ou 500 as. Pour une situation nouvelle, il fallait une procédure nouvelle, plus douce que l'ancienne. Tel est le caractère de la procédure créée par la loi Silia (1).

(1) Gaius (IV, 20), il est vrai, se demande quelle fut l'utilité de cette procédure, puisqu'on pouvait faire valoir *sacramento* ou *per judicis postulationem* les créances ayant pour objet *dare oportere*. Donc, dit-on, la stipulation a été primitivement sanctionnée par l'action *sacramento* qui s'applique toutes les fois que la loi n'en pas autrement décidé (Keller, n. 241; Jobbé-Duval, *Hist. de la procéd.*, I, 120; Girard, 492.) Cette conclusion n'est rien moins que certaine : elle n'est pas plus fondée que celle qu'on pourrait tirer de Gaius, III, 216, pour soutenir que l'action *mandati* est antérieure à la loi Aquilia. Dans les deux cas, Gaius signale le même doute; dans les deux cas, ce doute a la même cause : le développement ultérieur du droit (création de l'action de mandat, application du *sacramentum* aux obligations tendant à *dare oportere*) a fait perdre de vue l'époque où le mandat et les actes par lesquels on engageait sa foi étaient dépourvus de sanction. La distinction autrefois si tranchée entre les obligations conférant un droit sur le corps du débiteur et celles qui donnaient seulement naissance à un *dare oportere* s'est peu à peu effacée, à tel point qu'au vii[e] siècle des textes autorisent l'action *sacramento* pour faire valoir un *dare oportere*. Si la loi Silia n'était venue combler une lacune de la procédure,

Au temps de la procédure formulaire, le Préteur délivre l'action *certæ creditæ pecuniæ* pour les dettes d'argent certaines, la *condictio certæ rei* pour celles qui ont tout autre objet certain (1). Une stipulation est certaine lorsque les paroles prononcées font clairement apparaître quelle est la chose due, quelle en est la qualité et la quantité (2).

A côté de ces deux actions, il en est une troisième qui sanctionne les stipulations incertaines : l'action *ex stipulatu*. Cette action, dont l'existence au commencement du VIIIe siècle de Rome est attestée par la loi Rubria (c. 22), diffère essentiellement par son principe et par ses effets de l'action *certæ pecuniæ* et de la *condictio certæ rei;* ce n'est pas une *condictio* (3) : elle tend, non pas à réprimer le tort commis par celui qui retient injustement l'argent ou la chose d'autrui, mais à conférer au juge le pouvoir d'estimer l'intérêt du demandeur (4). Elle ne donne pas lieu à une *sponsio* et à une *restipulatio tertiæ partis*, comme l'action *certæ pecuniæ;* le demandeur ne court pas le risque de commettre une *plus petitio* (5). L'action *ex stipulatu* n'est pas pour cela traitée de tout point comme une action de bonne foi : sauf le pouvoir d'évaluation accordé au juge et qui lui permet de tenir compte des fruits et des intérêts moratoires (6), l'action *ex stipulatu* reste de droit strict (7).

4. Clause de dol. — Le caractère strict des stipulations qui ont pour objet un *certum* est souvent modifié par une clause de dol. Cette clause

la question soulevée par Gaius sur l'utilité de cette loi n'aurait pas de raison d'être ; il nous apprend lui-même que cette loi a simplifié la procédure antérieure et l'a rendue moins périlleuse (IV, 17, 18, 14).

(1) La première est le type des actions de droit strict; elle a une *intentio* et une *condemnatio certa :* le demandeur qui réclame plus qu'il ne lui est dû perd son procès *(plus petitio);* le juge, qui condamne à une somme supérieure à celle qui a été inscrite dans la formule, commet un quasi délit *(litem suam facit);* enfin les parties peuvent faire une stipulation et une restipulation du tiers pour obtenir réparation du préjudice que leur cause une contestation mal fondée. La *condictio certæ rei* a aussi une *intentio certa:* le demandeur court le risque de la *plus petitio.* Mais la *condemnatio* est *incerta :* le juge doit évaluer l'objet du procès, *quanti ea res est.* Les compilateurs donnent à cette action le nom de *triticaria* qui est étranger aux classiques. Lenel, I, 176.

(2) Gaius, *h. t.*, 74.

(3) *Inst.*, III, 15 pr. distingue ces deux sortes d'actions. Il ne faut donc pas confondre l'action *ex stipulatu* avec la *condictio incerti* qui est une extension de la *condictio certæ rei* et qu'on ne trouve pas avant Trajan.

(4) Cette innovation s'est introduite sans doute grâce à la pratique de l'arbitrage. Dès la fin du VIe siècle, lorsque les Romains prenaient un engagement de faire ou de ne pas faire, ils avaient soin de convenir que la promesse serait exécutée *recte*, c'est-à-dire *viri boni arbitrio* (Ulp., *D.*, L, 16, 73). Cf. Cato, *R. r.*, 146; Varro, *R. r.*, IV, 2, 5, qui cite une antique formule. L'arbitre avait plein pouvoir pour estimer le préjudice causé. Il n'y avait pas de raison pour refuser ce pouvoir au juge lorsqu'on avait confirmé par une stipulation une promesse de faire ou de ne pas faire.

(5) La formule invite le juge à rechercher *quiquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet.* Elle a une *intentio incerta* (Gaius, IV, 131 ; Ulp., *D.*, XII, 1, 24), cette *intentio* était précédée d'une *præscriptio* tenant lieu de *demonstratio* (Gaius; IV, 136 ; Pap., *D.*, XLVI, 2, 27; Paul, *D.*, XLV, 1, 89; 125; Ulp., *D.*, XLIV, 5, 1, 4.) La formule se terminait par une *condemnatio incerta*, comme celle de la *condictio certæ rei : Quanti ea res est, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvito.* (Gaius, IV, 47.) Elle était vraisemblablement limitée par une *taxatio*. Gaius, IV, 51. Cf. Lenel, I, 174.

(6) Pap., *D.*, XXII, 1, 4 pr.

(7) *C.*, V, 13, 1, 2. Le serment *in litem*, admis dans les actions de bonne foi, ne l'est pas dans l'action *ex stipulatu* (Paul. *D.*, XII, 3, 6); l'exception de dol n'y est pas sous-entendue. Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 15.

est de règle dans les stipulations prétoriennes et dans les stipulations judiciaires : elle est très usitée dans les stipulations conventionnelles. Le débiteur promet de s'abstenir de tout dol.

La clause de dol a pour effet d'atténuer la rigueur avec laquelle on interprète la stipulation : elle transforme les stipulations certaines en stipulations incertaines : elle est sanctionnée par l'action *ex stipulatu* (1). Le juge est autorisé à tenir compte des événements que les parties n'ont pas prévus (2) ; il jouit d'une latitude d'appréciation analogue à certains égards à celle qu'il a dans les actions de bonne foi, notamment le pouvoir de réprimer tout dol.

§ 2. **La *Dotis dictio*.** — La *dotis dictio*, comme la stipulation, est un acte solennel ; elle exige l'emploi de termes consacrés (3). Mais, par faveur pour la dot, la forme est plus simple : elle consiste en une déclaration unilatérale ; il n'y a pas d'interrogation préalable (4). La déclaration suppose l'accord des parties, mais l'acceptation expresse du mari n'est pas nécessaire : sa présence suffit (5).

Dans l'ancien droit, la *dotis dictio* n'a qu'une seule application : elle sert à rendre juridiquement obligatoire une promesse de dot (6). L'usage en est réservé à la femme et à son ascendant paternel (7), toute autre personne doit employer la forme de la stipulation.

A l'époque classique, l'application de la *dotis dictio* a été élargie : elle peut servir à éteindre une obligation (8) ; l'usage en a été étendu au débiteur de la femme délégué par elle. En même temps, le formalisme a été atténué. L'expression *dotem tibi dico* n'est plus rigoureusement exigée : on emploie souvent la formule *doti tibi erit*. On considère même comme équivalant à la *dotis dictio*, la promesse sur stipulation faite par la femme à un tiers sur la délégation du mari (9).

(1) Lorsque la clause de dol accompagne une stipulation dont l'objet est un *certum*, le créancier a-t-il deux actions ou une seule? A-t-il la *condictio certæ rei* pour réclamer la *res certa* qui lui a été promise, et l'action *ex stipulatu* pour se faire indemniser du préjudice que lui cause le dol du défendeur? Tel est l'avis de Karlowa, II, 712. Papinien (*h. t.*, 119) affirme que la clause de dol *non pertinet ad eas partes stipulationis de quibus nominatim cavetur*. Ailleurs (121 pr.) il dit qu'on exercera l'action *incerti* en vertu de cette partie de la stipulation qui contient la clause de dol ; d'où *a contrario* on doit exercer la *condictio certi* pour le surplus. Mais divers textes prouvent que les stipulations prétoriennes, qui contiennent toujours la clause de dol, donnent lieu exclusivement à l'action *ex stipulatu*. Papinien (*D.*, II, 11, 15) et Ulpien (*D.*, II, 10, 1, 3) le disent pour la *cautio in judicio sisti* qui a toujours pour objet une *certa pecunia* (Gaius, IV, 186 ; Pap., *h. t.*, 115 pr.)

(2) Jul., *h. t.*, 53 : *Doli clausula ad ea pertinet, quæ in præsentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent*. Si l'une des parties a corrompu l'arbitre ou l'avocat de son adversaire (Ulp., *D.*, IV, 8, 31) ; si le débiteur a mancipé l'esclave dû après l'avoir empoisonné, le fonds vendu après l'avoir détérioré ou grevé de servitudes (Ulp., *D.*, IV, 3, 7, 3) ; si le vendeur a fait croire à l'acheteur qu'un objet en bronze était en or ; si le stipulant a commis un oubli dont le promettant voudrait profiter (Jul., *D.*, XLVI, 8, 22, 7), la clause de dol produit son effet.

(3) Interpret. ad *C. Th.*, III, 13, 4.

(4) Gaius, III, 96 : *Uno loquente*.

(5) Ter., *Heaut.*, 1049. L'*epitome* de Gaius ne parle pas de l'acceptation formelle du mari ; en fait, elle pouvait avoir lieu : cf. Ter., *Andr.*, V, 4, 7.

(6) Gaius, *Epit.*, II, 3 : *legitime obligari*.

(7) Ulp., VI, 2 ; Gaius, III, 95.

(8) Paul., *D.*, XXIII, 3, 25 ; Jul., *eod.*, 44, 1 ; 46, 1 ; Jav., *eod.*, 57. Ces textes ont été interpolés.

(9) Cf. les textes cités, note 7 ; Marcell., *D.*, XXIII, 3, 59.

Au Bas-Empire, l'usage de la *dotis dictio* s'est maintenu chez les citoyens de race romaine jusqu'au temps de Justinien. L'*epitome* de Gaius, inséré dans le Bréviaire d'Alaric, en parle comme d'une institution encore en vigueur au début du VIe siècle. La *dotis dictio* ne paraît pas avoir été accueillie par les populations grecques de l'Empire; c'est, sans doute, pour leur donner satisfaction que Théodose II a consacré le pacte de constitution de dot (1). Justinien passe sous silence la *dotis dictio* dans ses Institutes. Au Digeste et au Code, l'expression *dotis dictio* a été supprimée (2) ou remplacée par le mot *promissio*, quelquefois par *pollicitatio* ou même par *condictio* (3). On saurait peu de chose sur le rôle de la *dotis dictio* sous le Haut-Empire, si les compilateurs n'avaient inséré au Digeste, en les interpolant et en les appliquant au pacte légitime, plusieurs textes relatifs à cette institution.

§ 3. **Le serment promissoire.** — Comme la *dotis dictio*, le serment promissoire n'a qu'une application : en cas d'affranchissement d'un esclave. Le maître, qui veut imposer des services à l'esclave qu'il va affranchir, les lui fait promettre sous serment. Cette promesse ne produit qu'un lien religieux, car l'esclave ne peut s'obliger civilement; elle doit être renouvelée aussitôt après l'affranchissement et dans une forme solennelle (4) : le lien religieux est, dès lors, consolidé par un lien juridique. Il ne paraît pas douteux que, d'abord, on se contenta du premier serment (5); la prestation des services était un devoir pour l'affranchi (6) et la promesse qu'il faisait à son patron était, suivant l'usage, confirmée par un serment. Lorsque le sentiment religieux commença à s'affaiblir et que les affranchis furent dans une dépendance moins étroite vis-à-vis de leur patron, on sentit l'utilité de rendre la promesse juridiquement obligatoire en la confirmant par un acte postérieur à l'affranchissement (7).

La *jurata promissio operarum liberti* consiste en une déclaration unilatérale faite sous serment. L'emploi d'une forme spéciale n'a pas été de tout temps exigé : au IIe siècle, on peut également se servir de la stipulation (8). Mais le serment est resté toujours le mode le plus usité : c'est le seul cas où il a été élevé au rang de contrat. Il est sanctionné par une action prétorienne, l'action *operarum* (9).

(1) *C. Th.*, III, 13, 6 : *Qualiacumque sufficere verba censemus etiam si dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.*

(2) *C.*, V, 11, 6; V 5, 5, 2, rapprochés de *C. Th.*, III, 13, 4 ; III, 12, 3.

(3) ULP., *D.*, XXXVII, 1, 8; SEV., *C.*, V, 12, 1 pr. Cf. COLLINET, *Etudes*, I. 291.

(4) L'affranchi ne pouvait-il pas refuser de renouveler son serment? Antérieurement à Cicéron, la prestation du serment était une condition de la validité de l'affranchissement (CIC., *ad Att.*, VII, 2.) Plus tard on admit que l'affranchi pourrait être forcé à prêter serment *in continenti*, au moment même de l'affranchissement. (VENUL., *D.*, XL, 12, 44 pr.)

(5) D'après VENUL., *l. c.*, cette opinion conserva longtemps des partisans.

(6) GAIUS, *h. t.*, [*D*, XXXVIII, 1], 22 pr. : *Cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii præstatio.* Cf. p. 105. Ce devoir incombe même à l'impubère pourvu qu'il puisse prêter serment. (VENUL., *D.*, XL, 12, 44, 2.)

(7) ULP., *eod.*, 7 pr. Cf. Ed. CUQ, v° JUSJURANDUM (*Dict. Antiq.*, III, 771.)

(8) GAIUS, III, 96. POMP., *h. t*, 1, 10 pr.: PAUL., *eod*, 37 pr.

(9) On la présente ordinairement comme une action civile bien qu'il n'y en ait aucun indice (LENEL, II, 63; KARLOWA, II, 701). Le témoignage d'Ulpien est formel en sens contraire (*h. t.*, 2, 1): *Initio... Prætor pollicetur se judicium operarum daturum in libertos.* Cf. BIONDI, *Judicium operarum*, 1913.

La création d'une action prétorienne pour sanctionner une obligation civile est une anomalie qui n'est pas sans exemple. Elle avait l'avantage de procurer au patron une action dont l'*intentio* était *certæ pecuniæ* (1). En règle générale, le mot *operæ* désignait une journée de travail (2). Aux yeux du Préteur, celui qui promettait X *operas* s'obligeait à payer une somme égale au salaire de dix journées. Le salaire journalier étant facile à connaître, on insérait dans la formule la somme correspondant au nombre de journées promises. L'analogie entre cette action et l'action *certæ pecuniæ* est confirmée par deux faits : l'usage du serment *in jure* (3), la faculté d'exercer la répétition de l'indû quand on a fourni des services qui n'étaient pas dus (4). — L'usage de l'action *operarum* a été étendu à la promesse de services confirmée par une stipulation (5).

L'action *operarum*, comme les droits du patronat, passe aux enfants du patron, mais non à ses héritiers externes. Il en est ainsi pour les services qui ne sont pas encore dus au décès du patron. Ceux qui étaient exigibles étaient considérés comme une valeur pécuniaire transmissible aux héritiers : les héritiers externes pouvaient, de ce chef, exercer l'action *operarum* (6). Les compilateurs ont substitué à cette distinction des *operæ futuræ* et *præteritæ* celle des *operæ officiales* et *fabriles* (7).

Le serment promissoire de l'affranchi, mentionné au Digeste, ne l'est pas aux Institutes : ce mode de contracter ne devait guère être usité sous Justinien; on employait la stipulation.

III. Le contrat littéral.

§ 1er. **L'*expensilatio*.** — L'*expensilatio*, comme la stipulation, est un acte juridique solennel; mais la solennité, au lieu d'être verbale, est littérale : elle consiste dans une mention écrite, avec l'assentiment du débiteur, sur le *codex accepti et expensi* du créancier (8).

1. *CODEX ACCEPTI ET EXPENSI.* — Ce *codex* est le livre de recettes et de dépenses sur lequel tout chef de famille consigne les mouvements de fonds de sa caisse et les opérations qui les ont motivés (9). Ces opérations étaient d'abord notées sommairement, et souvent sans ordre, sur

(1) POMP., *h. t.*, 4 : *Perinde... operæ a libertis ac pecunia credita petitur.* ULP., *h. t.*, 6 : *quasi in pecuniæ præstatione consistunt.*

(2) PAUL., *h. t.*, 1 : *Operæ sunt diurnum officium.* Cf. *ibid.*, 39 pr. En Chaldée, la valeur des services de l'esclave ou du fils de famille donné en gage était calculée par journée d'après un tarif uniforme. Cf. Ed. CUQ, *Revue d'Assyriologie*, XII, 112.

(3) ULP., *D.*, XII, 2, 34 pr. Cf. p. 874.

(4) ULP., *D.*, XII, 6, 26, 12.

(5) POMP., *h. t.*, 8 pr.; ULP., *h. t.*, 15, 1.

(6) ULP., *h. t.*, 7, 6; 13, 2; POMP., 4; ALEX., *C.*, VI, 3, 7 pr.

(7) Ils ont interpolé ULP., *h. t.*, 6; 9, 1, où à côté d'*officiales* ils ont par mégarde laissé subsister *futuræ* qui n'a plus de sens. Cf. BIONDI, 17.

(8) *Inst.*, III, 21. CIC., *p. Rosc. com.*, 2.

(9) L'usage remonte au moins au VIe siècle : PLAUT., *Truc.*, I, 1, 52; IV, 2, 36. Tite-Live (XXIV, 18) cite un exemple relatif à l'an 538. Dans les mentions portées sur le *codex*, on retrouve certaines particularités de l'ancienne langue latine : (*Quotiens acceptum referebant, non dicebant a Longo sed af Longo* (VELIUS LONGUS, *De orthogr.*, 60; cf. CIC., *Or.*, 47, 158.)

les *adversaria*, sorte de brouillon que l'on a comparé au livre journal de nos commerçants. A la fin du mois on les reportait à leur date (1) sur le *codex*, en indiquant les noms de ceux avec qui l'on avait traité ; d'où l'expression *nomen facere* (2). Les déboursés étaient inscrits à la page de l'*expensum ;* les recettes à la page en regard (3), celle de l'*acceptum*. La comparaison de ces deux pages permettait au propriétaire du *codex* de se rendre compte de l'état de sa fortune : il lui suffisait de faire la balance (4) des recettes et des dépenses, du doit et de l'avoir.

Tout bon citoyen tenait avec le plus grand soin son *codex accepti et expensi* et le conservait indéfiniment (5). Ses enfants y trouvaient, après sa mort, la preuve de la bonne gestion de sa fortune (6). Lui-même y suivait la trace d'opérations qui n'avaient pas été entièrement liquidées (7). Si elles donnaient lieu à des difficultés, l'inscription sur le *codex* facilitait la preuve en justice. Celui par exemple qui avait fait un prêt à Titius, invoquait le mention portée sur son livre de caisse au débit de Titius *(nomen arcarium)*. Cet usage avait sa raison d'être à une époque où les Romains administraient leur maison avec cette gravité qui est le trait distinctif de leur caractère (8). Même au temps de Cicéron, alors qu'on avait tant de défaillances à signaler dans la vie des citoyens, on considérait une irrégularité dans la tenue du livre des recettes et des dépenses comme un acte honteux et malhonnête.

2. Formation de l'obligation littérale. — L'inscription sur le *codex* peut servir à rendre juridiquement obligatoire la promesse de payer une somme d'argent qui n'a pas été réellement prêtée (9). La mention écrite sur le livre du créancier devait, en ce cas, se distinguer de celle qui avait pour but de constater un prêt effectif. Il semble qu'elle devait contenir les mots *expensum fero* puisque l'acte porte le nom d'*expensilatio* (10). Le consentement du débiteur était nécessaire pour la formation

(1) Les mentions tardives étaient inscrites avec la note : *A*[*ntea*] *F*[*actum*] *P*[*ostea*] *R*[*elatum*].

(2) Les sommes portées sur le *codex*, sans indication de la personne qui les avait reçues ou payées, étaient appelées *pecuniæ extraordinariæ*. C'étaient ou des sommes insignifiantes ou des valeurs dont on voulait dissimuler la provenance.

(3) Arg. Plin., *H. n.*, II, 7.

(4) Ulp., *D.*, L, 16, 56 pr. : *Dispungere est conferre accepta et data.*

(5) Cic., *P. Rosc. com.*, 2 : *Servantur sancte... perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur.*, Cf. Petron. 53. Les *adversaria*, simple memento, ne se conservaient pas plus d'un mois *(menstrua)*. (Cic., *eod.*).

(6) Cic., *2ª in Verr.*, I, 23 : *Habes... et patris ejus accepti tabulas omnes.*

(7) Cic., *P. Rosc. com.*, 1.

(8) Dans les maisons riches, le *codex* contenait des sections consacrées à chaque catégorie d'opérations : *Ratio argentaria, frumentaria, vinaria*, etc. (Cat., *R. r.*, 2 ; Serv., ap. Cels., *D.*, XXXIII, 10, 7, 2; Col., *R. r.*, XI, 2, 44.) On appelle parfois ce livre *codex rationum*. (Gaius, *D.*, II, 13, 10, 2.) C'est à tort que Voigt distingue ces deux livres (*Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer*, 1887).

(9) Gaius, III, 131; Cic., *Top.*, 3 : *Multum enim differt, in arcane positum sit argentum aut in tabulis debeatur.*

(10) Beaucoup d'auteurs pensent que cette inscription devait être complétée par une mention portée à la page de l'*acceptum* pour constater la recette fictive d'une somme équivalente; autrement, dit-on, le livre de caisse n'aurait pas été exact. Cette conjecture s'appuie sur Cic., *p. Rosc. com.*, 3, 8 : *In codicem acceptum et expensum referri debuit.* (Savigny, *Verm. Schr.*, I, 238; Gide, *Etudes sur la novation*, 198 ; Girard, 498.) Mais ce texte ne doit pas s'entendre d'une *expensilatio* pure et simple ; il fait allusion à une *transscriptio*.

de l'obligation (1). Il pouvait être donné verbalement lorsque le débiteur était présent (2). Plus souvent il était donné par écrit.

L'assentiment du débiteur était généralement constaté par une mention portée sur son propre registre (3), mais ce n'était pas une condition requise pour la formation de l'obligation (4). En cas de contestation on contrôlait le livre du créancier par celui du débiteur. S'il y avait concordance, aucun doute n'était possible sur l'existence de l'acte ; mais une omission involontaire ou calculée, sur le livre du débiteur, n'empêchait pas le créancier de faire valoir son droit. Pour faciliter la preuve le versement était fait par des personnes de confiance, des banquiers par exemple, qui mentionnaient l'acte sur leurs livres (5).

L'*expensilatio* est un mode de s'obliger propre aux citoyens romains (6) *sui juris*. Les fils de famille et les esclaves, administrateurs d'un pécule, ont des livres de comptes séparés ; ils n'ont pas de *codex accepti et expensi* (7). — L'*expensilatio* peut être faite à terme, mais elle ne peut, en raison de sa forme, être subordonnée à une condition (8).

3. Applications. — *a)* L'*expensilatio* était surtout employée dans les rapports des banquiers *(argentarii)* avec leurs clients. Elle avait sur la stipulation l'avantage de faciliter la preuve de l'engagement contracté. Le banquier pouvait s'obliger directement envers son client, ou prendre à sa charge une dette de son client (9).

b) L'*expensilatio* eut son application principale à l'époque où les actes par lesquels on engage sa foi à autrui étaient sans valeur juridique. Elle fournissait le moyen de les rendre obligatoires entre absents, alors que la stipulation n'était possible qu'entre présents. Pour la vente consensuelle et les autres conventions qui donnent lieu à des presta-

(1) Cic., *P. Rosc. com.*, 1 : *Scripsisset ille, si non jussu ejus expensum tulissem*.

(2) Cic., *ad Fam.*, VII, 23 : *Nomina se facturum cum venisset*. Cf. *ad Att.*, VII, 13.

(3) Plaut., *Mostel.*, I, 3, 147.

(4) D'après Cic., *P. Rosc. com.*, 2, c'est seulement un acte malhonnête ; Gaius, III, 137, parle uniquement de l'acte du créancier : *In nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*.

(5) Cic., *eod.*, 1 ; *ad Att.*, IV, 18 : *Hæc pactio... nominibus et perscriptionibus, multorum tabulis, cum esse facta diceretur*. Hor., *Sat.*, II, 3, 70 : *Scribe decem a Nerio ; non est satis. Adde Cicutæ nodosi tabulas centum* (Sen., *De ben.*, II, 23 ; III, 15). Ces tiers *pararii* ne sont pas, comme l'a cru Heimbach (*Creditum*, 338 ; cf. Karlowa, II, 752 ; Girard, 499, 1), des cessionnaires successifs de la créance, mais des hommes d'affaires dont les livres servent de moyen de preuve. Cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XIX, 230, d'après Plaut., *Curc.*, III, 432.

(6) Tite-Live (XXXV, 7) cite une *nominis transcriptio* faite au profit de pérégrins pour éluder les lois restrictives du taux des intérêts. Mais il s'agit ici de *socii*, de pérégrins jouissant du *commercium*. La concession du *commercium* leur donnait la faculté de conclure des actes juridiques avec les Romains et d'en poursuivre l'exécution devant les tribunaux romains ; elle ne les soumettait pas aux lois restrictives du taux de l'intérêt qui avaient un caractère politique et s'appliquaient généralement aux citoyens. De là la fraude imaginée par les financiers de Rome : ils passaient leurs créances, sans doute moyennant une commission, aux capitalistes étrangers qui exigeaient de leurs débiteurs des intérêts usuraires. Cf. Voigt, *J. N.*, IV, 2, 176. En sens contraire, Karlowa, II, 752. Girard, 497, 5.

(7) Cic., *P. Cæl.*, 7, 17 : *Tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit*.

(8) Cic., *ad Fam.*, VII, 23. Pap., *Vat. fr.*, 329.

(9) Dans ce dernier cas, le client disait à son créancier : *Scribe* ou *perscribe ab argentario meo* (Cf. Hor., *Sat.*, II, 3, 69 ; Plaut., *Truc.*, I, 1, 52.) Dans Liv., XXIV, 18, le questeur remplit le rôle de banquier (cf. Cic., *P. Font.*, 2, 23) : *Si quid emptum paratumque pupillis ac viduis foret, a quæstore perscribebatur*.

tions réciproques, l'*expensilatio* servait à rendre efficace celle des obligations qui avait pour objet une somme d'argent. Elle perdit une partie de son utilité lorsque ces divers pactes devinrent des contrats, car étant non formels la présence des parties n'était pas exigée. L'application de l'*expensilatio* fut alors restreinte aux cas où l'on voulait transformer une obligation antérieure ou changer de débiteur : dans le premier cas, il y avait *transscriptio a re in parssnam;* dans le second, *transscriptio a persona in personam.* L'*expensilatio* cessa d'être un acte abstrait (1). On transcrivait sur le *codex* une opération déjà mentionnée, mais en modifiant la nature de l'acte ou en changeant le débiteur (2).

L'*expensilatio* exige dès lors pour sa formation une *transscriptio* qui fait ressortir la cause de l'obligation nouvelle établie entre les parties (3); elle se rattache à une cause antérieure. Elle sert soit à transformer une obligation résultant d'un contrat de bonne foi en une obligation de droit strict (4), soit à réaliser une délégation entre absents (5).

Délaissé par les particuliers dans leurs rapports entre eux (6), l'usage du contrat *litteris* ne s'est guère conservé que dans la pratique des banquiers (7) : on en trouve la trace au commencement du IIIe siècle. Les livres des banquiers régulièrement tenus faisaient foi en justice, et devaient, d'après un Edit du temps de la République, être produits toutes les fois que les clients l'exigeaient (8). Cet édit fut particulière-

(1) Gaius, III, 129, 130; *C. I. L.*, XIV, 3471 ; Theoph., *ad, Inst.*, III, 21. Ici encore on a conjecturé que cette *expensilatio* était complétée par une mention portée à la page de l'*acceptum*, pour indiquer le payement fictif du prix de vente ou de la dette antérieure. Mais les textes précités ne font pas allusion à cette formalité.

(2) Si par exemple on veut tranformer la dette d'un acheteur en une obligation littérale, on écrira : *Titio expensum fero C venditionis causa.* Si l'on veut substituer un débiteur à un autre, on mettra : *Titio expensum fero C quæ Seius debet.*

(3) Karlowa, II, 751, pense que, de tout temps, l'*expensilatio* exigea une *transscriptio in personam* comme à l'époque de Gaius. En sens contraire : Costa, 349.

(4) Cette transformation pouvait avoir des dangers pour le débiteur : l'exemple du chevalier Cadius en est la preuve. Le banquier de Syracuse, qui lui vendit une maison de plaisance, en lui faisant espérer des avantages imaginaires, s'empressa de faire souscrire au débiteur un engagement littéral (Cic., *De off.*, III, 14.)

(5) Les écrits des jurisconsultes postérieurs à Gaius ne contiennent que fort peu de traces certaines du contrat *litteris*. L'expression *nomina facere* ne paraît plus employée dans un sens technique (Paul, *D.*, XXVI, 7, 16; Scæv., *D.*, XL, 5, 41, 17; Pap., *D.*, XXVI, 7, 39, 14). Seul Paul (*D.*, IV, 8, 34 pr.; II, 14, 9 pr.) parle de l'obligation corréale formée *litteris* au profit ou à la charge des banquiers.

(6) Plusieurs causes ont contribué à ce résultat : 1° Cette forme de contrat n'était accessible qu'aux citoyens dont la fortune était assez importante pour les déterminer à avoir un *codex.* Or, sous l'Empire, les Romains dédaignent de tenir à jour leur *codex :* les plus riches chargent des esclaves de leurs livres de comptes et de leurs opérations de caisse; les autres ont recours à l'intermédiaire des banquiers. (Jul., ap. Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 8, parle du prêt d'un *codex*); 2° L'*expensilatio* n'est pas devenue, comme la stipulation, un contrat du *jus gentium :* les Sabiniens refusent aux pérégrins le droit de prendre part à une *transscriptio a persona in personam ;* 3° Moins souple que la stipulation, l'*expensilatio* ne peut avoir pour objet que de l'argent; elle ne peut être faite sous condition; 4° L'usage des *cautiones* fournit un moyen plus commode de s'obliger et de faire la preuve en justice.

(7) Ulpien (*D.*, II, 13, 4, 5) l'appelle *instrumentum argentariæ.* Cf. Lenel, *Das Sabinussystem*, 1892, p. 76. Mitteis, *Trapezitica*, 46. Preisigke, *Girowesen in griech. Ægypten*, 1910.

(8) Lab., *eod.*, 4, 2. Ulp., 4, 1 : *Cum singulorum rationes argentarii conficiant, æquum fuit id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi.*

ment utile à une époque où tout le monde avait recours à l'intermédiaire des *argentarii* (1).

§ 2. **Chirographum, syngrapha.** — Si les pérégrins ne pouvaient s'obliger *litteris*, lorsqu'ils n'avaient pas le *commercium*, il existait cependant, dans les pays de civilisation grecque, une sorte d'obligation littérale résultant des *chirographa* et des *syngraphæ*.

Le *chirographum* est un acte par lequel une personne se reconnaît débitrice d'une autre en s'exprimant à la première personne (2). Cet acte a souvent l'aspect d'une lettre, avec formule de salutation. Il diffère de l'*epistola* des Romains (3), en ce qu'il n'a pas trait nécessairement à l'objet principal du contrat; il peut ne contenir qu'une clause accessoire. — Si l'acte est bilatéral, les deux parties se saluent réciproquement et formulent leurs déclarations respectives (4). Parfois l'une des parties formule les deux déclarations; l'autre accepte tacitement, ou appose sur l'acte sa souscription.

La *syngrapha* est un acte fait devant témoins et rédigé à la troisième personne (5). L'acte est scellé par le rédacteur et par les témoins qui écrivent chacun leur nom à côté de leur sceau (6). Il est confié à l'un des témoins qui est chargé de le produire en justice en cas de contestation. Il a une force probante plus grande que le *chirographum* (7). Dans l'Égypte romaine, celui-ci ne pouvait être produit en justice qu'après avoir été enregistré au bureau de l'archidikastès à Alexandrie (8).

Le *chirographum* et la *syngrapha* sont des contrats formels par lesquels l'une des parties se reconnaît débitrice de l'autre ou lui promet une dation. Ils sont obligatoires entre pérégrins sans stipulation (9). On n'a pas non plus à rechercher si la remise de valeur qu'ils mentionnent est réelle ou fictive (10) : ce sont des contrats abstraits (11).

(1) PAUL, *eod.*, 4, 2 : *Frequentissime ad fidem eorum decurritur*. Le ministère des banquiers était d'intérêt public. (GAIUS, 10, 1.) Dès le Ier siècle *p. C.*, on les plaça sous la surveillance du préfet de la ville (SUET., *Galba*, 9). Depuis Hadrien le préfet connaît des actions intentées par ou contre les banquiers. (*D.*, I, 12, 1, 9; 2.)

(2) *P. Berlin* 69, 272, 453; J. MASPERO, *P. Caire*, 67162-67164; 67170 PAUL., *D.*, XVII, 1, 59, 5; SCÆV., *eod.*, 60, 1; 60, 4; XLIV, 7, 61, 2.

(3) ULP., *D.*, XIII, 5, 5, 3; AFR., *D.*, XVII, 1, 34 pr.; PAUL, *D.*, XVI, 3, 26, 2; XXIV, 1, 57.

(4) *P. Flor.* 47.

(5) La *syngrapha* contient souvent le mot ὁμολογεῖ qui manifeste le consentement donné. Celui des contractants au nom duquel l'acte est rédigé formule les conditions du contrat, l'acceptation de l'autre n'est pas exprimée. Les droits et obligations du contractant ressortent indirectement des déclarations de l'auteur de l'acte. — Lorsque la *syngrapha* n'a pas la forme d'une homologie, le rôle respectif des parties est indiqué séparément : un tel a vendu ou prêté, acheté ou emprunté.

(6) PAUL, *D.*, XLV, 1, 126, 2. En Égypte, les témoins étaient au nombre de six.

(7) Cf. VOIGT, II, 378; MITTEIS, *Grundzüge*, 94.

(8) L'enregistrement (δημοσίωσις) était une formalité coûteuse et incommode pour les personnes habitant loin d'Alexandrie. On s'en dispensait autant que possible : d'après *P. Leipz.* 10, un acte de l'an 178 n'a été enregistré qu'en 240. Un double exemplaire de l'acte était conservé aux archives d'Alexandrie. Cf. l'édit du préfet d'Égypte Titus Flavianus Titianus de l'an 127 : *P. Oxy.* 34. L'enregistrement était encore usité à la fin du VIe siècle : *P. Munich*, 13, de l'an 594.

(9) GAIUS, III, 134 : *Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat.*

(10) PS. ASCON., *in Verr.*, II, 1, 36. Ce témoignage autrefois récusé est confirmé par une inscription relatant un prêt à la ville d'Orchomène (*Inscr. jur. grecques*, II, 280, l. 75) et par *P. Louvre*, 7. Cf. MITTEIS, *Reichsrecht*, 468.

(11) Pour prévenir des abus, la loi Gabinia de 687 défendit *jus dici ex syngraphis*

Il ne faut pas les confondre avec les écrits contenant la clause de stipulation et qu'on appelle *cautiones* ou même *chirographa*. Ces écrits, usités entre citoyens Romains aussi bien qu'entre pérégrins (p. 416), ne sont que des titres probatoires (1).

§ 3. **L'obligation *litteris* au Bas-Empire.** — Au Bas-Empire l'ancien contrat littéral des Romains n'est plus usité. Celui des pérégrins, qui n'était pas reconnu par la loi romaine (2), a perdu beaucoup de son efficacité et par suite de son application pratique depuis que les empereurs ont étendu aux débiteurs qui ont souscrit un chirographe sans stipulation le bénéfice de la *querela non numeratæ pecuniæ* introduit pour les débiteurs sur stipulation (3). Pendant le délai accordé pour invoquer la *querela* (p. 434), le droit du créancier est susceptible d'être mis à néant.

Justinien ne considère le chirographe comme obligatoire que s'il contient une convention de prêt. Désormais lorsqu'un emprunteur a souscrit un billet par lequel il se reconnaît débiteur d'une valeur qui ne lui a pas été remise, il n'est plus recevable à contester sa dette à l'expiration du délai de deux ans : il est lié par son écriture (4). Tel est le cas unique où l'on est obligé *litteris* sous Justinien (5). Ce cas devait se présenter très rarement, car les chirographes avec clause de stipulation étaient d'un usage général. On ne peut dès lors s'étonner que les compilateurs aient supprimé au Digeste la mention du contrat littéral (6). Les rédacteurs des Institutes l'ont conservé parce qu'ils avaient sous les yeux le passage correspondant de Gaius et qu'il leur a semblé utile de noter ce qui subsistait du *chirographum* sans stipulation, depuis l'introduction de la *querela non numeratæ pecuniæ*.

conclues par les capitalistes romains avec les députés des cités provinciales (Cic., *ad Att.*, V, 21). Après Caracalla, les pérégrins de culture hellénique ont continué à faire des *chirographa*, et les tribunaux pérégrins ont appliqué à ces écrits les règles du droit pérégrin. Mod., *D.*, XXII, 1, 41, 2, cite un *chirographum* constatant un *mutuum* d'argent accompagné d'un pacte d'intérêts, et déclare que ce pacte n'est obligatoire que si le taux des intérêts est fixé dans le *chirographum* : une convention verbale est donc inutile.

(1) Une loi d'Arcadius (*C. Th.*, II, 4, 6) appelle *litterarum obligatio* l'obligation résultant d'un prêt ou de toute autre cause, lorsqu'elle a été consignée dans une *cautio*. Mais cette expression n'a pas ici son acception technique, puisqu'elle désigne un écrit contenant la clause de stipulation.

(2) Dioclétien, suivant son habitude, rejette toutes les requêtes tendant à faire consacrer les usages pérégrins contraires à ceux des Romains : *C.*, IV, 2, 6 ; 14.

(3) *Inst.*, III, 21 pr. : *Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis, exceptionem opponere non potest : hoc sæpissime constitutum est...*

(4) *Ibid. : Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur : et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.*

(5) Beaucoup d'auteurs nient la persistance du contrat littéral sous Justinien; ils ne tiennent pas compte du cas exceptionnel indiqué aux Institutes. Ce passage ne peut, à leur avis, prévaloir sur les textes du Digeste et du Code. Mais la conciliation est possible, comme l'a montré Collinet, *Etudes*, I, 71-84.

(6) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 1, rapproché de Gaius, III, 89.

CHAPITRE IV

Contrats réels.

L'ancien droit n'avait consacré qu'un seul contrat réel : le *mutuum;* le commodat, le dépôt et le gage étaient des conventions sans valeur juridique (1). Vers la fin de la République, le Préteur promit une action *in factum* contre l'*accipiens* qui refusait par dol de restituer l'objet livré. Sous l'Empire, ces conventions sont devenues des contrats réels, sanctionnés par des actions *in jus* (2). Il en est de même de la fiducie dont le développement historique présente des particularités.

Les contrats réels présentent tous un trait commun : ils exigent, pour leur formation, indépendamment de l'accord des parties, la remise d'une chose *(res)*. Mais dans le *mutuum* et la fiducie, le transfert de la propriété est nécessaire; dans le commodat, le dépôt et le gage on se contente de transférer la détention.

Trois autres différences les séparent. Dans le *mutuum*, l'emprunteur s'oblige à rendre une quantité équivalente à celle qu'il a reçue; dans les autres contrats, le débiteur doit rendre la chose même qui lui a été livrée; son obligation a pour objet un corps certain, et par suite il ne supporte pas les risques provenant d'un cas fortuit. Le *mutuum* est un contrat unilatéral; les autres contrats réels sont synallagmatiques imparfaits. Le *mutuum* est un contrat de droit strict; les autres sont de bonne foi.

I. Le prêt.

§ 1er. Histoire du contrat de prêt. — Le prêt paraît être le plus ancien contrat consacré par la loi romaine. Des causes diverses en avaient fait une nécessité de la vie sociale pour une classe de citoyens. Le plébéien, qui n'avait pour vivre que le maigre revenu de son *heredium*, celui à qui son travail manuel ne pouvait fournir un supplément

(1) Gaius, qui dans son C. III, parle de tous les autres contrats, ne dit rien du commodat, du dépôt et du gage; il ne s'occupe des deux premiers que dans le C. IV, à propos des actions. Cependant Gaius ne méconnaît pas le caractère contractuel de ces conventions, car dans ses *Res cottidianæ*, il les range parmi les contrats qui se forment *re*. S'il n'en parle pas dans son C. III, c'est sans doute que le droit civil ne les avait sanctionnées qu'à une époque récente et que, dans l'enseignement élémentaire, on s'en tenait à l'énumération consacrée par un long usage.

(2) L'action *in factum* n'a pas pour cela disparu : la coexistence des formules *in jus* et *in factum* est attestée par Gaius (IV, 47). Le maintien de l'action *in factum* ne s'expliquerait guère si, comme le pense Lenel, I, 292, elle était appréciée d'après la bonne foi, bien qu'elle ne contienne pas la clause *ex fide bona*. Il semble plutôt qu'elle avait conservé son caractère strict comme une action délictuelle : 1° D'après Gaius (IV, 60), dans l'action *in factum*, le demandeur risque de perdre son procès pour *plus petitio;* 2° Le défendeur ne peut opposer la compensation, car la condamnation suppose qu'il a commis un dol en refusant de restituer (Gaius, IV, 61, 63; Paul, II, 12, 12); 3° L'action *in factum* ne comporte pas une condamnation aux fruits ou intérêts moratoires : cette condamnation est propre aux actions de bonne foi (Paul, *D.*, XVI, 3, 29, 1); 4° Les Proculiens n'admettaient

de ressources, était souvent forcé d'emprunter au patricien qui trouvait dans l'exploitation des terres gentilices et des dépendances du domaine public une source abondante de revenus. Les guerres continuelles soutenues par les Romains rendirent plus misérable la situation de la plèbe. Tandis que le riche faisait, pendant son absence, cultiver sa terre par des esclaves, le champ du pauvre restait inculte. A son retour dans ses foyers, le plébéien devait emprunter pour remettre ses terres en culture et pour payer l'impôt (1). Mais une mauvaise récolte suffisait pour l'empêcher de se libérer. Si la récolte était bonne, l'abondance générale amenait la baisse des prix. Un peu plus tôt ou un peu plus tard, l'emprunteur, dépouillé de tous ses biens, était destiné à aller dans la maison de son créancier grossir le nombre des prisonniers pour dettes. Il y avait là un danger pour l'ordre public ; et le danger était d'autant plus grand que les créanciers n'usaient d'aucun ménagement envers leurs débiteurs. La plèbe proteste contre la rigueur avec laquelle les prêteurs exercent leur droit ; c'est un sujet incessant de réclamations.

1. Le prêt a intérêt. — Le prêt, conclu dans la forme du *nexum*, contenait des clauses relatives aux intérêts. Ces clauses étaient appropriées à la période du régime agricole : le prêt à intérêt *(fenus)* est en principe consenti à un cultivateur pour les besoins de la culture. L'emprunteur espère retirer de son champ des fruits d'une valeur supérieure à celle qu'il a reçue. L'intérêt convenu est en quelque sorte une part du produit du sol (2); le capital devait en général être remboursé à l'époque de la moisson. L'emprunteur, qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance, peut demander le renouvellement du prêt, en capitalisant les intérêts. Mais cette convention est fort dangereuse pour lui : une série de mauvaises récoltes peut l'obliger à des renouvellements successifs; l'accumulation des intérêts lui rend sa libération difficile (3).

Avant les Douze Tables, l'intérêt de l'argent prêté était fixé au gré des parties (4). La loi a restreint une liberté dont on abusait : elle défend d'exiger un intérêt supérieur à un douzième du capital *(unciarium fenus)* par an (5). La sanction de la loi est rigoureuse : le créan-

pas que le défendeur fût absous lorsqu'il avait donné satisfaction après la *litiscontestatio* (Gaius, IV, 115).

(1) Liv., VI, 12, 32; II, 34.

(2) Fest., h. v° *Fenus... a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant.* Cf. Gell, XVI, 12, 1.

(3) Liv., II, 23 : *Ait se militantem, quia propter populationes agri non fructu modo caruerit, sed villa incensa fuerit..., æs alienum fecisse; id cumulatum usuris... velut tabem pervenisse ad corpus.*

(4) Tac., *Ann.*, 16 : *Nam primum XII Tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, quum antea libidine locupletium agitaretur.*

(5) On a longtemps discuté la question de savoir si les intérêts étaient calculés par an ou par mois. Au temps de Cicéron, il avait lieu certainement par mois (p. 437, 1). Il en a été de même à l'époque antérieure, comme l'a démontré Ch. Appleton (*NRH.*, 1919, p. 467). Cf. Scialoja, *RH.*, 1924, p. 240. Le prêt étant remboursable à la récolte, l'emprunteur en cours d'année avait rarement à payer 100 pour 100, soit une somme égale au capital.

cier qui est convaincu d'avoir perçu des intérêts usuraires encourt la peine du quadruple (1).

2. Prohibition du prêt a intérêt. — La situation des emprunteurs était misérable. A la fin du IVe siècle, on résolut d'apporter quelque adoucissement à leur sort et de prévenir les dangers que faisait courir à la cité le mécontentement des classes pauvres. On essaya de divers moyens : la remise partielle des dettes (2), la réduction du taux de l'intérêt (3), les avances faites par le Trésor public aux citoyens qui offriraient des garanties pour le remboursement (4). En 412, la loi Genucia prit une mesure plus radicale : elle prohiba le prêt à intérêt (5). Le contrevenant fut passible d'une peine prononcée par les édiles de la plèbe et dont le montant devait servir à construire ou à réparer des édifices publics ou religieux (6). Malgré la loi, le prêt à intérêt continua à être pratiqué. On ne pouvait empêcher ceux qui avaient besoin d'argent de subir les conditions des prêteurs, ceux-ci n'ayant à craindre de payer une amende que s'ils étaient dénoncés au magistrat.

La loi Genucia avait considéré le prêt à intérêt comme un délit public : la loi Marcia en fit un délit privé (7). Elle accorda à l'emprunteur une action en restitution des intérêts indûment perçus. Cette action donnait lieu à une *manus injectio* ; mais, par une faveur spéciale, la loi permit au défendeur de l'écarter sans être tenu de fournir un *vindex* (8) : on ne voulut pas laisser les capitalistes à la merci du premier venu qui pouvait les accuser d'avoir extorqué des intérêts usuraires et les appréhender au corps en attendant qu'ils eussent trouvé un *vindex* pour démontrer leur innocence. — Cette loi ne fut pas plus efficace que la précédente : de temps à autre, on faisait quel-

(1) Cat., *R. r.*, pr. : *Majores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli*.

(2) En 387, la loi Licinia Sextia fit remise des intérêts en retard, prescrivit d'imputer sur le capital ceux qui auraient été payés et permit d'acquitter le reste en 3 annuités. (Liv. VI, 35.)

(3) En 397, les tribuns Duilius et Marcius firent voter une loi ramenant l'intérêt à l'*unciarium fenus*. Il est probable qu'on avait autorisé ou toléré une élévation du taux légal après l'incendie de Rome. En 407, le taux fut réduit de moitié (*lex semunciaria*), et l'on donna aux débiteurs, qui payaient de suite un quart de la dette, la faculté de se libérer en 3 annuités. (Liv., VII, 16, Tac., *Ann.*, VI, 16.)

(4) En 403, l'État nomma une commission de 5 membres (*mensarii*) chargés de consentir ces avances. (Liv., VII, 21 ; XXVI, 36.) La création d'une Banque d'État fut, sous la République, une mesure exceptionnelle et temporaire. Il en fut de même sous l'Empire : en 33, Tibère autorisa le Trésor à faire des avances aux patriciens jusqu'à concurrence de 700 millions de sesterces. (Tac., *An.*, VI, 17.) Les prêts étaient sans intérêts et remboursables en 3 ans ; le débiteur devait fournir une garantie du double en biens-fonds.

(5) Liv., VII, 42 : *Ne fenerare liceret*.

(6) Plin., *H. n.*, XXXIII, 1 ; Liv., X, 23 ; XXXV, 41.

(7) Cette loi, dont la date est inconnue, doit être d'une époque voisine de celle de la loi Genucia. Elle a très bien pu coexister avec elle : les dispositions de ces lois n'ont rien de contradictoire et se complètent réciproquement. Quelques auteurs reportent la loi Marcia à la seconde moitié du VIe siècle (Billeter, *Gesch. des Zinsfusses*, 1898, p. 144), mais il est peu vraisemblable qu'on ait confirmé la prohibition du prêt à intérêt au moment où les capitaux étaient devenus abondants et trouvaient dans les spéculations commerciales des placements fructueux. Cf. Kleinmüller, *Sav. Z.*, XXIII, 75.

(8) Gaius, IV, 23, 24.

ques exemples (1). On ne pouvait guère attaquer ceux qu'on avait besoin de ménager ; on s'estimait heureux si la crainte de la loi les rendait moins exigeants vis-à-vis de leurs débiteurs.

3. Le prêt gratuit. — A côté du prêt à intérêt, conclu dans la forme du *nexum*, apparaît vers le milieu du VIe siècle de Rome une autre sorte de prêt, le *mutuum*. C'est le prêt, fait de la main à la main, d'une certaine quantité d'argent ou de denrées. Ce prêt est gratuit : c'est un service d'ami (2).

Pendant longtemps, le *mutuum* fut un acte sans valeur juridique : le prêteur se fiait à la loyauté de l'emprunteur. Aux derniers siècles de la République, le *mutuum* présente un caractère nouveau : il n'est plus restreint aux rapports entre amis ou voisins ; il est sanctionné par une action en justice. Il y a dès lors deux sortes de prêts de consommation consacrés par la loi : le *fenus* et le *mutuum*, le premier résultant d'un acte solennel, le second se formant sans solennité ; l'un productif d'intérêts, l'autre gratuit ; l'un réservé aux citoyens romains et aux pérégrins jouissant du *commercium*, l'autre accessible à tous les pérégrins (3).

La sanction donnée au *mutuum* est l'œuvre des Prudents. Ils ont fait admettre qu'à défaut de payement à l'échéance l'emprunteur serait passible de l'action créée par les lois Silia et Calpurnia. Il est peu probable que les Prudents aient eu la pensée de rendre juridiquement obligatoire la promesse de l'emprunteur : ils n'auraient pas sanctionné par une *condictio* un acte sans forme, alors que les autres actes non formels donnent lieu à une action de bonne foi. Ils ont plutôt considéré le défaut de remboursement comme un enrichissement injuste aux dépens d'autrui (4). L'obligation n'existe que dans la mesure de la quantité prêtée ; la promesse de rendre une quantité supérieure à titre d'intérêts n'est pas valable.

Mais lorsque le *mutuum* cessa d'être restreint aux rapports entre amis, on dut fournir au prêteur le moyen d'obtenir une compensation pour l'usage de son argent, tout en évitant les abus auxquels donnait lieu le *fenus*. La solution consista à faire suivre le *mutuum* d'une stipulation d'intérêts. Le prêt et les intérêts sont l'objet de deux opérations distinctes. Grâce à cette séparation, le *mutuum* conserve son caractère gratuit ; la stipulation d'intérêts est facultative (5). Il n'y a pas de confusion possible avec le *fenus*.

(1) Au VIIe siècle, la loi était depuis longtemps tombée en désuétude. En 665, le préteur Asellio prétendit la remettre en vigueur : il fut chassé du forum à coups de pierres. (Appian., *B. civ.*, 1, 54.) On a objecté qu'il s'agit de la loi Genucia, mais Appien parle d'une action civile donnée par le Préteur et non d'une poursuite criminelle. Il ne peut donc être question que de la loi Marcia.

(2) Cato, *R. r.*, 4 ; 5. Plaut., *Asin.*, 226 ; *Curc.*, 68 ; *Trin.*,715. Gell., XX, 1.

(3) Tite-Live (XXXII, 2) cite un *mutuum* conclu en 555 avec des Carthaginois. Si le *mutuum* n'avait eu à cette époque une valeur juridique, les Carthaginois eussent difficilement trouvé des capitalistes romains disposés à leur prêter de l'argent.

(4) P. 536. La question est controversée. (Cf. *Sav. Z.*, XXIV, 460.) Il paraît difficile d'admettre que, pour le *mutuum*, on ait de bonne heure donné effet au pacte joint à la dation, alors qu'on a hésité si longtemps pour le pacte d'échange.

(5) On distingue la *pecunia fenebris* (Pap., *D.*, XXII, 1, 9 pr.) ou *fenerata* (Afr., *D.*, XIX, 5, 24) de la *pecunia gratuita*. (Lab., ap. Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 8 ; Paul., *D.*, XX, 2, 8 ; III, 6, 2.)

Le *fenus* et le *mutuum* ont coexisté pendant un certain temps (1), mais tandis que le premier était mal vu (2), l'opinion publique était favorable au second (3). Le *mutuum* n'a pas tardé à devenir le mode le plus usité pour conclure un prêt. La jurisprudence en a favorisé le développement en donnant effet à la convention qui accompagne la tradition de la quantité prêtée. Lorsque cette convention est conclue en vue de faire naître une obligation de restituer dans des conditions déterminées (4), elle est élevée au rang de contrat. L'emprunteur est tenu soit de l'action *certæ creditæ pecuniæ*, soit de la *condictio certæ rei* non plus en raison d'un enrichissement injuste, mais pour inexécution de sa promesse.

§ 2. **Le *Mutuum*.** — Le *mutuum* ou prêt de consommation est un contrat par lequel une personne, appelée prêteur, transfère gratuitement la propriété d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées à une autre personne appelée emprunteur, qui s'oblige à lui rendre, à une époque convenue, une quantité équivalente de choses de même qualité (5).

Le *mutuum* ne peut avoir pour objet que des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Ce sont les seules qui, par leur nature (6), soient d'ordinaire équivalentes entre elles et puissent se remplacer réciproquement. La volonté des parties ne peut ici rendre fongibles des choses qui ne le sont pas par leur nature, comme des chevaux ou des esclaves.

1. Formation. — Le *mutuum* exige pour sa formation deux conditions :

1° Le transfert de la propriété de la chose prêtée (7). Ce transfert doit être effectif; il se réalise par une simple tradition, car les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent sont *nec mancipi*. Mais cette première condition a reçu de nombreuses atténuations qui, pour la plupart, sont la conséquence des règles nouvelles admises pour l'acquisition de la possession (p. 315). Tant que les Romains confondirent la possession avec la propriété, la règle qui exige que la quantité prêtée passe directement des mains du prêteur aux mains de l'emprunteur, était l'application du principe qu'on ne peut rien acquérir par une personne étrangère à la famille. Mais lorsqu'on eut admis qu'on pouvait acquérir la possession *corpore alieno* et opérer une tradition *per extraneum*

(1) Plaute distingue *pecuniam mutuam sumere* et *fenore sumere* (*Asin.*, I, 3, 95.) Cf. Ter., *Phorm.* 299. Le *fenus* est encore mentionné sous l'Empire dans la loi Claudia. (Tac., *Ann.*, XI, 13.)

(2) Cic., *P. Cæl.*, 7, 13.

(3) Non. Marc., 439, 20 : *Honestius (fenore est) mutuum, quod sub amici affectu fiat meum tuum, usu temporis necessarii*

(4) Paul., *D.*, XLIV, 7, 3, 1 : *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi ut obligatio constituatur*

(5) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 2.

(6) Paul, *h. t.*, [*D.*, XII, 1], 2, 1. Cf. p. 237.

(7) La promesse de prêter de l'argent n'est pas un *mutuum*. Le pacte *de mutuo dando* est sans valeur juridique, à moins qu'il n'ait été confirmé par une stipulation. (Paul, *D.*, XLV, 1, 68.) Il est subordonné à la condition tacite que le futur emprunteur restera solvable jusqu'à la réalisation du prêt. (Afr., *D.*, XLVI, 3, 38 pr.)

personam, on étendit cette règle à la tradition servant à réaliser un *mutuum*. Cette tradition peut avoir lieu désormais sans que les choses prêtées soient livrées matériellement à l'emprunteur par le prêteur; elle s'effectue *brevi manu* (1).

Le transfert de propriété suppose que le prêteur est propriétaire de la chose prêtée et capable d'aliéner. Si le prêteur n'est pas propriétaire, le *mutuum* ne peut se former (2) : l'emprunteur n'acquiert sur la chose qu'un pouvoir de fait ; il est exposé à être poursuivi par le véritable propriétaire qui exercera soit l'action en revendication, soit une *condictio*. S'il a consommé de bonne foi la quantité prêtée, il semble qu'on devrait tenir le prêt pour valable, puisque l'*accipiens* en retire le même profit que si le *tradens* avait été propriétaire. Mais la *condictio* que les textes accordent au *tradens* a son fondement dans le fait de la remise de l'objet et non dans le contrat de *mutuum* (3).

Le *mutuum* peut être conclu par un tiers avec l'assentiment exprès ou tacite du propriétaire : tel est le cas d'un mandataire, ou de l'administrateur d'un pécule (4). Le *mutuum* se forme également lorsqu'il est conclu au nom d'un tiers par le propriétaire de l'objet prêté (5). Le prêt pour le compte d'autrui était, au IIe siècle, d'un usage

(1) Applications : 1° Le cas le plus simple est la conversion d'un dépôt en *mutuum* : le déposant autorise le dépositaire à se servir de l'argent qu'il lui a confié. Le dépositaire, qui n'avait que la détention, acquiert la possession et par suite la propriété. ULP., *h. t.*, 9, 9; JUL., ap. AFR., *D.*, XVII, 1, 34. — 2° On a admis moins facilement la formation du *mutuum* lorsqu'un créancier charge son débiteur de payer aux mains de l'emprunteur : ici en effet l'argent n'appartient pas au prêteur. Mais, dit Ulpien (*h. t.*, 15), tout doit se passer, comme si le débiteur avait compté l'argent à son créancier et que celui-ci l'eût à son tour remis à l'emprunteur; mais il faut que l'*accipiens* sache de la part de qui l'argent est compté. — 3° La résistance fut plus vive pour la conversion du mandat en *mutuum*. D'après Julien *(l. c.)*, le mandant ne peut autoriser le mandataire à conserver comme argent prêté les sommes qu'il l'a chargé de recouvrer : ce serait dénaturer le rapport contractuel que le mandat a établi entre les parties; un simple pacte est impuissant à produire ce résultat. Une double numération est nécessaire : du mandataire au mandant, puis du mandant au mandataire. Ulpien *(l. c.)* ne voit aucune difficulté à supposer accomplie cette double numération : à son avis, on peut, par un simple pacte, convertir en *mutuum* un contrat quelconque. — 4° Ulpien admet, contrairement à Julien, la formation du *mutuum* dans le cas où je remets à quelqu'un une chose pour qu'il la vende et garde à titre de prêt l'argent qu'il en retirera. Le futur emprunteur est censé avoir remis le prix de vente au propriétaire qui lui restitue cet argent à titre de prêt. (ULP., *h. t.*, 11 pr.) Si la chose remise pour être vendue périt avant la vente, les risques sont pour celui qui l'a reçue, lorsque le propriétaire n'a vendu que pour rendre service. Dans le cas contraire, les risques sont pour le *tradens*. Si l'*accipiens* ne trouve pas à vendre ou si, après avoir vendu, il renonce à emprunter l'argent qu'il a reçu, le propriétaire a contre lui l'action *præscriptis verbis* pour se faire rendre la chose ou le prix. (LAB., ap. ULP., *D.*, XIX, 5, 19 pr.) — 5° Si je vous remets des objets pour un prix déterminé en convenant que vous le garderez à titre de prêt, tout se passera comme si ces objets vous étaient vendus : le prix d'estimation vous sera laissé comme argent prêté. (DIOCL., *C.*, IV, 2, 8.) Cette décision n'était pas très heureuse, car elle pouvait déguiser un contrat usuraire. — 6° On admit enfin la formation du *mutuum* lorsque le prêteur, au lieu de remettre de l'argent, délègue une créance à l'emprunteur (CELS,, *h. t.*, 32), ou lorsqu'il s'oblige lui-même envers un tiers délégué par l'emprunteur (PAP., XIV, 3, 19, 3). La délégation vaut argent comptant. JUL., *D.*, XLVI, 1, 18. Cf. p 0.

(2) PAUL, *h. t.*, 2, 4.

(3) JUL., *h. t.*, 19, 1 : *Consumpta pecunia, condictionem habet... non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit pervenisse.* Cf. POMP., *D.*, XLIV, 7. 24, 2 (prêt consenti par un fou). PAP., ap. ULP., *h. t.*, 13, 1.

(4) SCÆV., *D.*, XXXIX, 5, 35, 2; PAUL, *D.*, XLV, 1, 126, 2.

(5) Cela ne fait pas de doute lorsque le tiers a donné son assentiment. Cf. PAUL

courant. C'étaient sans doute les banquiers qui étaient chargés par leurs clients de remettre l'argent à l'emprunteur (1).

En résumé, à la fin de l'époque classique, on n'exige plus, pour la formation du *mutuum,* le transfert de propriété du prêteur à l'emprunteur : on se contente de la translation d'une valeur d'un patrimoine à un autre, et cette translation peut se faire par l'intermédiaire d'un tiers.

Le transfert de propriété doit être consenti par un propriétaire capable d'aliéner. Si le prêteur est un incapable, un pupille par exemple, il peut revendiquer l'argent prêté s'il n'a pas été consommé. Dans le cas contraire, il a la *condictio* ou l'action *ad exhibendum,* suivant que l'argent a été consommé de bonne ou de mauvaise foi (2).

2° Une convention par laquelle l'emprunteur s'oblige à rendre une quantité équivalente de choses de même qualité.

Le *tradens* et l'*accipiens* doivent avoir la volonté de faire naître cette obligation (3), sans quoi il y a donation. Si cette volonté n'existe que chez l'une des parties, la tradition transfère la propriété, mais le *tradens* peut, par une *condictio sine causa,* recouvrer ce qu'il a livré.

L'emprunteur doit être capable de s'obliger : s'il est incapable, le *mutuum* ne se forme pas, mais l'emprunteur est passible d'une *condictio sine causa* et tenu de rendre ce qu'il a reçu. Le pupille, qui emprunte sans l'*auctoritas* de son tuteur, n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement (p. 211, 3).

2. Obligation résultant du *mutuum.* — Le *mutuum* est un contrat unilatéral : l'emprunteur est seul obligé ; il doit rendre une quantité équivalente à celle qu'il a reçue. On peut, par une clause spéciale, l'autoriser à rendre moins, 9 au lieu de 10 : dans ce cas, le *mutuum* se forme pour 9, et il y a donation du surplus (4). Mais l'emprunteur ne peut s'obliger à rendre plus qu'il n'a reçu (5). Le *mutuum* est gratuit.

L'emprunteur doit rendre des choses du même genre et de la même qualité que celles qu'il a reçues. Il faut aussi qu'elles soient également bonnes : cette condition est sous-entendue ; bien que le *mutuum* soit un contrat de droit strict, on tient compte de l'intention des parties (6).

h. t., 2, 4. Ariston, Julien estiment qu'il doit en être de même si le prêt a été consenti en l'absence et à l'insu du tiers. (Ulp., *h. t.*, 9, 8.) Cette décision suppose la ratification du tiers : le *mutuum*, comme tout autre contrat, ne peut se former sans un accord de volontés. (Cels., *h. t.*, 32.) On a fait remarquer que si le raisonnement de Julien conduit à admettre la formation du *mutuum*, le texte se borne à dire que le tiers, à l'insu duquel l'argent a été remis, acquerra la *condictio*. Cette *condictio* pourrait bien être, non pas l'action résultant du *mutuum*, mais une action en répétition.

(1) Le cas prévu par Ariston est celui où le banquier prête, en l'absence de son client, mais suivant son intention présumée.

(2) *Inst.*, II, 8, 2 ; Jul., *h. t.*, 19, 1.

(3) Paul., *D.*, XLIV, 7, 3, 1.

(4) Proc., ap. Ulp., *h. t.*, 11, 1.

(5) Paul., *D.*, II, 14, 17 pr. : *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Il peut s'obliger à rendre au prêteur ou à celui *ad quem ea res pertinebat.* *CIL.*, III, p. 934, n° 5. Sur le sens de cette expression qui désigne en général les ayants cause universels, Ulp., *D.*, XXI, 1, 19, 5 ; Paul., *D.*, L, 16, 70, 1, mais aussi toute personne intéressée : Ulp., *D.*, XLII, 5, 9, 3.

(6) Pomp., *h. t.*, 3 : *In contrahendo quod agitur pro cauto habendum est.*

L'emprunteur n'est pas libéré par la perte fortuite de ce qu'il a reçu : il est débiteur d'un genre et non d'un corps certain (1).

Le *mutuum* est ordinairement consenti pour un temps limité, fixé par le contrat. Parfois le terme est tacite, lors, par exemple, que le prêteur a reçu d'avance des intérêts pour un certain temps. Le *mutuum* peut aussi être fait sous condition (2).

3. Sanction. — Le *mutuum*, comme la stipulation, est sanctionné par l'action *certæ creditæ pecuniæ* quand il a pour objet de l'argent ; par la *condictio certæ rei*, quand il a pour objet des denrées. Pour obtenir gain de cause, le prêteur doit prouver la réunion des conditions requises pour l'existence du contrat (3). Cette preuve est simplifiée dans le cas où, suivant l'usage, le *mutuum* a été suivi d'une stipulation : il suffit d'établir l'existence du contrat verbal. La preuve est simplifiée plus encore par l'emploi des écrits probatoires, terminés par la clause de stipulation : le prêteur n'a qu'à produire la *cautio* souscrite par l'emprunteur et scellée par lui (4).

§ 3. *Querela non numeratæ pecuniæ.* — L'usage de faire une stipulation consécutive au *mutuum* ou de souscrire un billet constatant la réception de l'argent prêté fut modifié au cours du IIe siècle de notre ère. En pratique, le prêteur stipulait d'avance le montant du prêt ou se faisait remettre d'avance le billet souscrit par l'emprunteur. Si pour une raison quelconque le prêt n'était pas réalisé, le promettant ou le souscripteur du billet n'en était pas moins légalement obligé. Mais comme son obligation était sans cause, il pouvait réclamer son billet ou exiger sa libération par une *condictio ;* ou bien, s'il était poursuivi, opposer l'exception de dol (5). Dans le premier cas, il devait prouver que son engagement était sans cause; dans le second, qu'il n'avait pas reçu l'argent. Cette preuve n'était pas toujours facile; plus d'un débiteur fut victime de la mauvaise foi du créancier ou de la partialité du juge.

Une importante innovation fut introduite, au début du IIIe siècle, par Caracalla : la *querela non numeratæ pecuniæ* (6). Le débiteur, qui n'a pas reçu l'argent, fait constater devant témoins que le prêt n'a pas été réalisé. Puis il demande en justice, sous forme de plainte (7), la restitution du billet par le créancier, ou s'il est poursuivi par lui il oppose

(1) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 4. Cf. p. 238.

(2) Flor., *D.*, II, 14, 57 pr.; Ulp., *D.*, XLIV, 4, 2, 6. Cf. *h. t.*, 10. Scæv., *D.* XLV, 1, 122 pr.

(3) En principe le prêteur n'a pas à s'occuper de l'emploi que l'emprunteur compte faire de l'objet prêté. Les classiques considèrent cependant comme contraire aux bonnes mœurs et par suite annulent le prêt d'argent consenti sciemment à une personne qui veut en faire un mauvais usage (Ulp., *D.*, XVII, 1, 12, 11; Paul, *D.*, IV, 4, 24, 4). Le droit français n'admet pas que le juge recherche le motif du contrat, mais le Code civil allemand (art. 138) paraît lui conférer ce pouvoir. Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, 255, 264-268.

(4) Cf. sur l'usage du sceau, les quittances du banquier de Pompei, L. Cæcilius Jucundus, et les articles cités p. 53, 2.

(5) Gaius, IV, 116a; Jul., *D.*, XII, 7, 3.

(6) *C.*, IV, 30, 4. La date du rescrit n'a pas été conservée, mais *C.*, VIII, 32, 1 prouve qu'en 197, la règle ancienne était encore en vigueur.

(7) Diocl. *C.*, IV, 9, 4; *Contestationem monstrando reddi cautionem præsidali notione, postulare potes.*

l'exception *non numeratæ pecuniæ* (1). Dans l'un et l'autre cas, la *querela* lui assure un précieux avantage : le fardeau de la preuve est déplacé ; le créancier doit prouver qu'il a compté l'argent (2). La *querela* n'est admise que pendant un court délai, fixé d'abord à un an, puis porté à 5 ans par Dioclétien (3).

Ces règles ont été modifiées par Justin, puis par Justinien. La *querela* n'est pas recevable contre un écrit constatant une dette antérieure (4). Le délai accordé pour l'exercer est réduit à 2 ans, mais il ne court pas contre les mineurs (5). Le plaignant qui succombe encourt la peine du double (6). Enfin l'application de la *querela* a été étendue aux prêts qui ont pour objet autre chose que de l'argent, aux quittances délivrées par un créancier (7), à l'écrit par lequel un mari reconnaît avoir reçu une dot. Mais le délai est limité à 30 jours pour les quittances de payement ; à un an depuis la dissolution du mariage, pour la dot (8).

§ 4. **Sénatus-consulte Macédonien.** — La capacité requise pour prendre part à un *mutuum* est en principe régie par le droit commun. Par exception la capacité de prêter est refusée aux gouverneurs de province, ainsi d'ailleurs que la capacité de faire toute autre négociation (9). La capacité d'emprunter est refusée aux fils de famille, mais seulement pour le prêt d'argent. Cette incapacité est un signe certain de la décadence de la moralité dans la famille : on a voulu protéger le père de famille contre les manœuvres d'un fils qui ne reculerait pas devant un parricide pour payer ses dettes.

Une loi Claudia de l'an 47 défendit de consentir à un fils de famille un prêt d'argent remboursable après la mort du père (10). Quelques années plus tard, sous le règne de Vespasien (69-79), le Sc. Macédonien élargit cette prohibition : il l'étendit à tous les prêts d'argent quelle qu'en fût l'échéance, et sans distinguer s'ils étaient gratuits ou accompagnés d'une stipulation d'intérêts, si le capital avait été ou non stipulé (11).

Tout autre contrat, vente, louage, fidéjussion, échappe à la règle posée par le sénat, alors même qu'il serait préjudiciable au fils de famille (12). Mais on excepte les cas où ce contrat a été conclu frauduleusement pour dissimuler un *mutuum* ; ceux où le prêt d'argent a été déguisé sous la forme d'un prêt de denrées (13).

(1) Alex., *h. t.*, 7. Gord., *C.*, II, 6, 3. Cf. Ulp., XVII, 1, 29 pr. ; XLIV, 4, 4, 16.
(2) Carac., *h. t.*, [C., IV, 30], 3, de l'an 215.
(3) *C. Herm.*, 1 ; cf. Alex., *h. t.*, 8, 1 : la plainte formée par le débiteur dans le délai fixé par la loi rend l'exception perpétuelle.
(4) Justin, *h. t.*, 13. Ce texte paraît avoir servi à interpoler *D.*, XXII, 3, 25, 4 : *cautio quæ indiscrete loquitur.*
(5) Just., *h. t.*, 14 pr. ; *C.*, II, 40, 5.
(6) *Nov.*, 18, c. 8.
(7) Just., *h. t.*, 14 pr., 2.
(8) Just., *C.*, V, 15, 3. Le délai a été modifié par *Nov.*, 100.
(9) Mod., *D.*, XII, 1, 33.
(10) Tac., *Ann.*, XI, 13, n'indique pas la sanction.
(11) Ulp., *h. t.* [*D.*, XIV, 6], 7, 3 ; 1 pr. ; 7, 9. Scæv., *eod.*, 4.
(12) Ulp., *h. t.*, 7 pr. ; 3, 3.
(13) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 7 pr. ; Ulp., 7, 3.

La prohibition ne s'applique pas à l'emprunt contracté par un fils de famille militaire si le montant n'excède pas la valeur du *peculium castrense ;* — lorsque le père a donné son assentiment, a ratifié, ou a profité de l'argent prêté (1); — lorsque le prêteur n'a pas su ou n'a pu raisonnablement savoir qu'il traitait avec un fils de famille (2).

Le prêt consenti contrairement au sénatus-consulte n'est pas frappé de nullité : le sénat s'est borné à refuser au prêteur toute action en justice. Mais il faut que la contravention soit évidente : s'il y a doute, le magistrat délivre la formule, en y insérant une exception pour inviter le juge à examiner si le sénatus-consulte a été violé. Cette exception peut être invoquée par le père poursuivi *de peculio.* Le fils de famille qui a négligé d'opposer cette exception peut encore le faire après le jugement, lorsqu'il est poursuivi par l'action *judicati.* Il peut renoncer à s'en prévaloir lorsqu'il est devenu *sui juris* (3); dans ce cas, l'obligation a la valeur d'une obligation civile : jusque-là, ce n'est qu'une obligation naturelle. L'emprunteur, qui, devenu *sui juris*, paye sa dette même par erreur, ne peut exercer la répétition de l'indu (4).

§ 5. **Stipulation d'intérêts.** — Le *mutuum* étant un contrat à titre gratuit, le prêteur ne peut exiger des intérêts. Il n'acquiert ce droit qu'en vertu d'un contrat spécial et distinct du *mutuum ;* une stipulation est nécessaire : un simple pacte ne conférerait pas au prêteur le droit d'agir en justice ; il ne produirait qu'une obligation naturelle.

Cette règle n'a pas été appliquée : *a*) aux prêts consentis par des cités (5) : les contrats conclus entre l'État ou les cités et les particuliers ne sont soumis à aucune forme ; *b*) au *mutuum* de denrées : celui qui emprunte du blé ou de l'orge peut, par un pacte joint au *mutuum*, s'engager à rendre plus qu'il n'a reçu (6). La raison de cette différence est que les denrées n'ont pas une valeur fixe comme l'argent (7). Cette raison ne serait pas aujourd'hui admise : le cours de l'argent, comme celui de toute autre marchandise, est susceptible de variation ; *c*) au prêt à la grosse.

§ 6. **Taux des intérêts.** — Les intérêts *(usuræ)* sont une redevance périodique que l'emprunteur est tenu de payer au prêteur tant qu'il n'a pas remboursé le capital. Cette redevance, qui forme le revenu du capital, consiste en argent ou en denrées suivant la nature des objets prêtés.

Les parties ne sont pas libres de fixer à leur gré le taux des intérêts : de bonne heure, la loi a protégé l'emprunteur contre les exi-

(1) Ulp., *h. t*, 1, 3; 2; Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 11-12; 7, 15; Paul, *h. t.*, 17.
(2) Jul., ap. Pomp., *h. t.*, 19; Ulp., *h. t.*, 3 pr., 2; Pertinax, *C.*, IV, 28, 1.
(3) Ulp., *h. t.*, 7, 10; 9, 3; 11; Sev., Car., *C.*, IV, 28, 2.
(4) Paul, *h. t.*, 10. Ulp., *D.*, XII, 1, 14; Marc., *D.*, XII, 6, 40 pr.
(5) Paul., *D.*, XXII, 1, 30.
(6) Alex., *C.*, IV, 32, 12. Cf. Gord., *eod.*, 16. Cette exception a été étendue à l'huile et à toute espèce de fruits.
(7) Diocl., *eod.*, 23 : *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* Il est plus probable que l'on a consacré ici une règle du droit pérégrin : ces rescrits sont adressés à des personnes portant des noms grecs.

gences des prêteurs. Depuis la fin de la République, le taux légal des intérêts est calculé à raison de 1 pour 100 par mois *(centesimæ usuræ)* ou 12 pour 100 par an (1). Dans la pratique, on se contentait en général de la moitié *(semisses usuræ)*, 1/2 pour 100 par mois, ou 6 pour 100 par an. L'usage étant de compter les intérêts le premier de chaque mois (aux calendes), on donna le nom de *calendarium* au livre sur lequel les capitalistes inscrivaient les prêts qu'ils avaient consentis (2). Les écrits constatant ces prêts étaient les *instrumenta calendarii* ; l'action intentée pour réclamer les intérêts est l'*actio calendarii* (3).

Le prêteur, qui stipule des intérêts supérieurs au taux légal, encourt l'infamie (4); la stipulation est nulle pour l'excédent. Si l'emprunteur paye des intérêts usuraires, le payement s'impute sur le capital ou peut être répété si le capital est remboursé (5).

La loi ne s'est pas contentée de protéger l'emprunteur contre la stipulation d'intérêts excessifs; elle le protège aussi contre l'accumulation des intérêts : *a*) les intérêts cessent de courir lorsque l'arriéré devient égal au chiffre du capital. Le prêteur ne peut, au jour de l'échéance, exiger, sous forme d'intérêts, une somme supérieure au capital (6) ; *b)* l'anatocisme est prohibé (7) : il est défendu de stipuler que les intérêts à échoir seront capitalisés (8).

Malgré ces dispositions, l'usure n'a pas disparu sous l'Empire : la loi était fréquemment éludée. D'autre part, dans les provinces orientales on trouve la trace d'un usage très répandu : l'emprunteur promettait, à titre de peine, en cas de non-payement à l'échéance, 50 pour 100 en sus du capital (ἡμιόλιον) (9). — Abrogé par Justinien : C. IV, 32, 26, 4.

Au Bas-Empire, le taux légal de l'intérêt, pour les prêts de denrées

(1) Cic., *ad. Att.*, I, 12; V, 21.
(2) Sen., *De benef.*, VII, 10; Afr., *h. t.*, 41; Scæv., *D.*, XXXIII, 8, 23 pr.
(3) Scæv., *D.*, XXXIII, 7, 27, 3; Pap., *D.*, XXVI, 7, 39, 14. On trouve aussi des exemples de legs d'usufruit du *calendarium* (*D.*, XXXII, 64; XXXIII, 2, 37)
(4) Diocl., *C.*, II, 12, 20.
(5) Sev., ap. Ulp., *D.*, XII, 6, 26 pr.; Phil., *C.*, IV, 32, 18.
(6) Carac., *C.*, IV, 32, 10; Ulp., *D.*, XII, 6, 26, 1 : *Supra duplum autem usuræ et usurarum usuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt; et solutæ repetuntur quemadmodum futurarum usurarum usuræ.*
(7) Cf. C. civ., 1154. Cette prohibition existait à la fin de la République Varr., *De l. l.*, V, 183; Liv., II, 23; VI, 14; Fest., v° *Versuram*. Elle s'applique d'abord à la capitalisation par mois *(anatocismus menstruus)* : Cicéron, étant gouverneur de Cilicie, permit la capitalisation par année (*ad Att.*, V, 21, 11, 12); mais un sénatus-consulte interdit bientôt après, *ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur.*
(8) Marc., *D.*, XXII, 1, 29 : *Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras : quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse.* Cf. Mod., *D.*, XLII, 1, 27. Cette défense s'applique sûrement aux intérêts à échoir. On essaya de l'étendre aux intérêts déjà échus; mais cette extension n'a été formellement consacrée par la loi que sous Justinien *C.*, IV, 32, 28. — La défense de stipuler les intérêts des intérêts est étrangère au cas où un mandataire, chargé de recouvrer les intérêts dus au mandant, les a employés à son usage personnel; il est tenu d'en payer l'intérêt comme s'ils formaient un capital. Scæv., *D.*, XXVI, 7, 58, 1 et 4 : *Totum sortis vice fungitur.* Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 3.
(9) Gell., XVIII, 14; *P. Louvre*, 7, l. 14; 8, l. 12; Wescher, Foucart, n° 341; Homolle, *B*[in] *Corr. hellen.*, VI, 64. Cf. Mitteis, *Grundzuge*, 118; Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, V, 610. — Usage analogue en Chaldée : à défaut de remboursement d'un prêt gratuit à la date convenue, la peine était du double. Cf. Ed. Cuq, *Rev. d'Assyriologie*, XIII, 150.

fut fixé à 50 pour 100 par Constantin (1), mais réduit à 12 pour 100 par Justinien en 528, puis légèrement relevé à 1/8 = 12,5 pour 100 en 536 Pour les prêts d'argent, le taux fut fixé par Justinien à 6 pour 100 en matière civile, 8 pour 100 en matière commerciale. Par exception les personnes illustres ne peuvent exiger plus de 4 pour 100. Pour favoriser l'agriculture, le taux des prêts d'argent a été réduit en 535 à 1/24 (= 4,16 pour 100) (2).

Les sommes dues en capital, en vertu d'un jugement de condamnation qui n'a pas été exécuté dans les deux mois de sa date ou de sa confirmation en appel, produisent de plein droit des intérêts à 24 pour 100. Ici encore Justinien a réduit le taux à 12 pour 100 et porté le délai à 4 mois (3).

Deux autres mesures ont été prises en faveur des débiteurs d'un capital productif d'intérêts : *a*) la prohibition de l'anatocisme a été étendue aux intérêts échus (4). On ne peut convenir que ces intérêts seront capitalisés ; *b*) les intérêts cessent de courir, non seulement lorsque l'arriéré devient égal au capital, mais même lorsque la somme des intérêts déjà payés est égale au capital (5). Il y a là une disposition excessive : on conçoit que le créancier soit puni de sa négligence à exiger les intérêts, mais non qu'il soit frappé de déchéance lorsqu'il a usé régulièrement de son droit. L'innovation n'eut d'autre résultat que de forcer le créancier à limiter la durée de son prêt : la faveur accordée au débiteur se retourna contre lui.

Les lois restrictives du taux de l'intérêt n'ont pas dû être bien efficaces : Justinien s'est montré très indulgent pour les usuriers ; il n'a pas maintenu la peine du quadruple rétablie contre eux par Théodose Ier (6); il n'a conservé que la peine de l'infamie.

§ 7. **Prêt à la grosse.** — Les Romains ont emprunté aux Grecs (7) l'usage d'une convention aléatoire qui a pour but de mettre à la disposition d'un armateur, au départ de son navire, une somme d'argent qu'il compte employer avantageusement au port d'arrivée. En cas de naufrage, l'armateur est libéré ; si le navire arrive à bon port, l'armateur doit payer une somme supérieure à celle qu'il a reçue (8) ; l'excédent est considéré comme la compensation du risque couru par le créancier *(periculi pretium)*.

Cette convention, qui était usitée dès le temps de la République (9), est analogue à notre prêt à la grosse aventure (*Co.* 311-331). Elle fut

(1) *C. Th.*, II, 33, 1. En Chaldée, le taux légal des intérêts a été fixé par Hammourabi à 1/3 du capital pour le blé, à 1/5 pour l'argent, soit 33 1/3 % et 20 %. Cf. Ed. Cuq, *Rev. d'Assyriologie*, 1916, XIII, 143. Dans la Grèce antique, le taux de l'intérêt n'a pas été limité, sauf dans des cas exceptionnels. Cf. inscr. de l'an 380/360 *Fouilles de Delphes*, I, 294.
(2) *C.*, VII, 54, 2 ; *Nov.*, 32 ; c. 1. *C.*, IV, 32, 26.
(3) *C.*, VII, 54, 3, 3, 2-3 : *Antiquitas... laxamentum duorum mensium præstabat.*
(4) *C.*, IV, 32, 28.
(5) *Nov.*, 121, c. 2 ; 138.
(6) *C. Th.*, II, 33, 2.
(7) Demosth., *c. Dyonisod.*, 32 ; 35 ; *c. Polycl.*, 17 ; *c. Phorm.*, 23 ; *c. Lacrit.*, 10 ; cf. Dareste, *Le prêt à la grosse chez les Athéniens*, 1867 ; E. Caillemer, *Dict. Antiq.*, II, 1220.
(8) Paul, *h, t.* [*D.*, XXII, 2], 6.
(9) Serv., ap. Ulp., *h. t.*, 8. Cf. Plut., *Cato maj.*, 21, 9.

désignée sous le nom de *trajecticia pecunia,* parce que l'argent voyageait avec le navire et courait les mêmes risques. Dans la suite, on permit à l'armateur d'employer l'argent, avant le départ du navire, en achetant des marchandises de cargaison qu'il espérait revendre au port d'arrivée avec bénéfice (1). Les marchandises étaient subrogées à l'argent et couraient les mêmes risques ; l'armateur pouvait également affecter l'argent à la réparation ou à l'ornement du navire, à l'achat de vivres pour l'équipage (2).

L'argent est aux risques du créancier depuis le départ du navire jusqu'au moment de l'arrivée (3). Pour les réduire au minimum, on avait l'habitude de fixer le délai pendant lequel ils seraient à la charge du créancier et la route que devait suivre le navire (4). Pour prévenir des fraudes, le capitaliste faisait embarquer sur le navire un de ses esclaves ; il le chargeait aussi de recevoir le payement au port d'arrivée (5). Ce payement était souvent garanti par un gage ou une hypothèque portant sur la cargaison ou même sur le navire (6).

En général, le payement n'était exigible qu'au bout d'un certain délai (7) : on laissait à l'armateur le temps de faire emploi de l'argent ou de vendre la cargaison. La convention prenait alors, à dater de l'arrivée du navire, le caractère d'un *mutuum ;* elle était soumise aux règles de ce contrat ; on y joignait une stipulation pour faire courir les intérêts, et une promesse d'indemniser le maître pour le retard apporté au retour de l'esclave. Cette indemnité, calculée à tant par jour, donnait lieu à une stipulation de peine (8).

1. Nature de cette convention. — Anciennement, la convention relative à la *trajecticia pecunia* n'avait aucune valeur juridique. Elle différait essentiellement du *mutuum :* elle était à titre onéreux ; l'argent était aux risques de celui qui l'avait remis. Pour donner effet à cette convention, on stipulait une peine pour le cas où l'armateur ne tiendrait pas sa promesse après l'arrivée du navire (9).

Vers le milieu du IIe siècle, la *trajecticia pecunia* est considérée comme

(1) Mod., *h. t.*, 1.
(2) Ulp., *D.*, XX, 4, 5 ; 6 pr.
(3) Mod., *h. t.*, 3. Diocl., *C.*, IV, 33, 1.
(4) Scæv., *h. t.*, 6 pr. : *inter statuta tempora* ; *D.*, XLV, 1, 122, 1 : *in omnes navigii dies ducentos.* Diocl., *C.*, IV, 33, 3.
(5) Pap., *h. t.*, 4, 1. Scæv., *l. c.* Cf. Stella Maranca, *Intorno al fr.*, 122, 1. *D.*, *de V. O.*, 1901. A défaut d'esclave, on désignait un *adjectus solutionis gratia* : Gaius, *D.*, XLV, 1, 141, 3.
(6) Scæv., *D.*, XLV, 1, 122, 1. Pomp., *D.*, IV, 9, 1, 7 ; Ulp., *D.*, XX, 4, 5. En cas d'insuffisance, on peut hypothéquer des marchandises chargées sur d'autres navires (Paul., *h. t.*, 6), mais l'hypothèque ne porte que sur le reliquat du prix de vente des objets engagés.
(7) A Constantinople, le délai était de 20 jours. *Nov.*, 106 pr.
(8) Pap., *h. t.*, 4, 1 ; Paul., *D.*, III, 5, 12 ; Jul., ap. Afr., *D.*, XLIV, 7, 23. L'indemnité promise est traitée comme un supplément d'intérêts pour l'argent prêté : le total ne peut excéder le montant du capital (Pap., *l. c.* : *non ultra duplum debetur*), ni le taux légal de l'intérêt.
(9) Serv., ap. Ulp., *h. t.*, 8. Lab., *h. t.*, 9 : *Si trajecticiæ pecuniæ pœna, uti solet, promissa est.* La peine était encourue de plein droit, même si le débiteur était mort et que personne n'eût accepté sa succession. Cf. Paul., *D.*, XLV, 1, 77. A défaut de délai fixé pour le payement, une sommation était nécessaire pour mettre le débiteur en demeure. Paul, *D.*, XXXVI, 1, 24. Lab., *h. t.*, 2. Cf. Afr., *D.*, XLIV, 7, 23.

une variété du *mutuum* (1) ; la stipulation de peine n'est plus nécessaire. La jurisprudence décompose la convention en deux pactes, l'un qui se transforme en contrat par la remise de l'argent à l'armateur et qui l'oblige à rembourser la somme prêtée (2), l'autre qui a pour objet le payement d'une somme supplémentaire comme prix du risque couru par le prêteur. L'assimilation au *mutuum* a été préparée par l'usage de convenir qu'à défaut de payement à l'échéance l'armateur garderait l'argent à titre de prêt ; il a semblé que s'il a la qualité d'emprunteur après l'échéance, on pouvait lui attribuer cette qualité dès le jour de la convention : l'argent reçu est dans tous les cas la cause de son obligation. On allait même jusqu'à dire qu'il y avait *trajecticia pecunia* lorsqu'il était convenu que le prêteur serait exempt des risques de mer ; mais ici, il ne pouvait exiger des intérêts supérieurs au taux légal (3).

L'assimilation au *mutuum* n'a pas eu pour effet d'empêcher les contractants de convenir que l'armateur rendrait une somme supérieure à celle qu'il a reçue. Ils sont libres de fixer à leur gré le taux des intérêts pendant la durée du risque (4). Le pacte joint *in continenti* est ici obligatoire. La faveur due au commerce maritime ainsi que le caractère aléatoire de la convention ont fait admettre cette dérogation à la règle applicable au *mutuum* (5). Le rapprochement opéré entre la *trajecticia pecunia* et le prêt à intérêt explique la dénomination nouvelle donnée à la convention : on l'appelle *nauticum fenus* (6) ; le prêteur est qualifié *fenerator*.

2. Sanction.— La *trajecticia pecunia* était sanctionnée par l'action *certæ creditæ pecuniæ* lorsque, suivant l'usage primitif, on y avait joint une stipulation de peine. En fut-il de même lorsqu'on traita le prêt à la grosse comme une variété du *mutuum?* Le doute vient de ce que le juge n'a pas ici en principe le pouvoir de condamner à une somme supérieure à celle qui a été remise à l'emprunteur. Cependant il est certain que le prêt à la grosse a été sanctionné par une action de droit strict (7) ; il donnait lieu à la délivrance de l'action arbitraire *de eo quod certo loco* (8) lorsque le remboursement devait se faire dans un lieu autre que celui où se trouvait le débiteur ; or cette formule n'a pas d'ap-

(1) Cervidius Scævola est le premier qui, à notre connaissance, ait formulé cette doctrine. *D.*, XLV, 1, 122, 1 : *Mutua pecunia nautica*. Cf. Cuq, *Dict. Antiq*, IV, 14.

(2) Le contrat est souvent constaté par un écrit où l'on insère, suivant l'usage, la clause de stipulation. Scæv., *loc. cit.*

(3) Pap., *h. t.*, 4 pr., 1.

(4) Paul., II, 14, 3 : *infinitæ usuræ*. Diocl., *C.*, IV, 33, 2.

(5) Scæv., *h. t.*, 5, 1 : *In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.* Paul., *h. t.*, 7.

(6) Cette dénomination se trouve à la fin du IIIe siècle : Diocl., *C.*, IV, 33, 4. Elle a été vulgarisée par les rubriques des compilations de Justinien : *D.*, XXII, 2.

(7) C'est pour cela qu'on ne peut admettre l'opinion de Savigny qui considère le prêt à la grosse comme un contrat innommé sanctionné par l'action *præscriptis verbis*. Il n'y a pas d'ailleurs un véritable pacte *do ut des* : la contre-prestation n'est due que *salva nave* (Paul., *h. t.*, 7), puis elle consiste à recouvrer ce que l'on a donné et quelque chose de plus. D'après Karlowa (II, 1310), le prêt à la grosse aurait été sanctionné par le Préteur pérégrin au moyen d'une action *in factum* ; mais les commentaires de l'Edit ne s'occupent pas de ce prétendu pacte prétorien.

(8) Ulp., *D.*, XIII, 4, 2, 8.

plication dans les contrats de bonne foi. Le pacte joint *in continenti* au prêt à la grosse a donc été, dans ce cas spécial, sanctionné par l'action du contrat

La même règle a été appliquée aux autres prêts aléatoires. Tel est le cas où l'on prête de l'argent à un pêcheur pour acheter les engins nécessaires, sous la condition que, s'il fait une bonne pêche, il rendra plus qu'il n'a reçu et que, dans le cas contraire, il sera libéré. Lorsque le créancier prend à sa charge le risque à courir, la stipulation de peine est inutile (1). La règle s'applique au cas même où l'inaccomplissement de la condition dépend de la volonté du débiteur (2). Il y a là pour le créancier un événement fortuit contre lequel il peut se prémunir : le supplément convenu est le prix du risque.

3. Réforme de Justinien. — La liberté, laissée aux parties, de fixer à leur gré le prix des risques maritimes, fut restreinte par Justinien (3). Dès le début de son règne, en 528, le taux de l'intérêt dans le prêt à la grosse fut limité à 12 pour 100. Ce taux était conforme à l'usage des banquiers de Constantinople; Justinien prétendit l'appliquer dans tout l'Empire, oubliant que le prix du risque est variable suivant les dangers de la navigation et ne saurait être tarifé par la loi. En 540, sur la plainte des intéressés, il modifia un peu la règle qu'il avait édictée et fixa le profit maritime à 12 1/2 pour 100, sans égard à la durée du voyage ni à la route suivie (*Nov.* 106). Mais dès l'année suivante cette règle fut rapportée (*Nov.* 110).

II. La Fiducie.

La fiducie est une convention faite lors d'une aliénation et par laquelle l'acquéreur promet d'accomplir un fait, ordinairement de restituer la chose qu'il a reçue (4). Dans ce dernier cas, la fiducie ressemble au *mutuum* qui suppose également un transfert de propriété à charge de restitution. Elle en diffère à d'autres égards : *a*) elle a pour objet un corps certain; *b*) le transfert de propriété a toujours lieu par mancipation ou par *in jure cessio* (5), et non par tradition. Par suite l'acte translatif de propriété conserve sa valeur propre (6) au lieu de n'être qu'un moyen de réaliser la volonté des parties comme dans le *mutuum*. La fiducie remonte à une époque où l'on n'admettait pas

(1) Scæv., *h. t.*, 5 pr. Cf. J.-E. Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion*, 1870, p. 81.

(2) Prêt d'une somme d'argent que l'emprunteur est dispensé de rendre s'il affranchit tel esclave, mais qu'il doit restituer avec un supplément s'il ne l'affranchit pas.

(3) *C.*, IV, 32, 26, 2.

(4) On a peu de renseignements directs sur la fiducie qui a disparu avec la mancipation et l'*in jure cessio* auxquelles elle se rattache. On ne la connaît que par des fragments de Gaius, Paul et Papinien (*Collat.*, II, 3), par quelques passages de Cicéron et par des inscriptions. Sur la *fiduciæ datio* de l'inscr. d'Henchir Mettich, cf. Ed. Cuq, *le Colonat partiaire dans l'Afrique romaine*, 26. Plusieurs textes du Digeste qui, primitivement, se rapportaient à la fiducie, ont été interpolés. Cf. Oertmann, *Die Fiducia im Röm. Privatrecht* 1890; Jacquelin, *De la fiducie*, 1891; Lenel, *Sav. Z.*, III, 104; XXX, 344; *E. P.*, 282.

(5) Gaius, II, 59; III, 201 Isid., *Or.*, V, 25.

(6) La mancipation est matériellement distincte du pacte : *C. I. L.*, II, 5406 le prouve. Cf. une inscription de l'an 61 (Girard, *Textes*, 819; Karlowa, II, 573).

qu'un acte juridique produisît des effets complexes, fût à la fois translatif de propriété et générateur d'obligation ; *c)* elle contient une clause caractéristique : les parties conviennent d'agir comme il sied à d'honnêtes gens et sans fraude (1) ; *d)* elle est révocable, intransmissible (2).

La fiducie peut être conclue même avec un esclave, mais il doit être convenu que l'aliénateur ne sera pas victime de sa confiance (3). Cette clause montre qu'on est ici en dehors des règles du droit strict : le maître ne peut s'opposer à la restitution en invoquant son droit à la propriété de l'acquisition faite par son esclave.

§ 1er. **Applications.** — La fiducie a reçu de bonne heure des applications multiples. On connaît déjà celles qui ont trait au droit de la famille, en cas d'émancipation, adoption, *coemptio*, remancipation après divorce (4). Il y en a deux qui se rapportent aux obligations : la fiducie avec un ami ou avec un créancier.

La fiducie a lieu avec un ami lorsque je lui confie une chose qui m'appartient pour qu'elle soit plus en sûreté chez lui. Elle a lieu avec un créancier lorsqu'un débiteur remet à son créancier un objet pour garantir le payement de sa dette. Dans le premier cas, la fiducie ressemble au dépôt ; dans le second, au gage. Elle diffère de l'un et de l'autre en ce que le fiduciaire acquiert la propriété de la chose. Il peut donc en user, en percevoir les fruits (5), la revendiquer si elle est entre les mains d'un tiers, exercer l'action de vol ; mais il doit restituer.

La fiducie sert également à faire une donation entre époux par personne interposée (6), une donation à cause de mort (7), à réaliser un mandat d'affranchir après la mort du mandant (8).

§ 2. **Obligations réciproques.** — En vertu de la clause de fiducie, l'acquéreur promet de remanciper la chose soit lorsque l'aliénateur la lui réclamera, s'il a traité avec un ami, soit après payement de la dette, s'il a reçu une garantie (9). Dans l'intervalle il doit donner à la chose

(1) Cic., *De off.*, III, 15 : *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.* La condamnation entraîne l'infamie. (Table d'Héraclée, l. 111.)

(2) La révocation est exclue sauf dans la fiducie avec un créancier. L'intransmissibilité primitive est attestée par Paul, II, 17, 5, et par les précautions jugées utiles dans le droit postérieur pour prévenir toute difficulté (Pomp., *D.*, XIII, 7, 8, 2), alors que la règle ancienne avait été abandonnée. (Gaius, II, 220 ; Paul, II, 13, 6).

(3) Cic., *l. c.*, 17 : *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim.* La même clause se retrouve dans Ulp., *D.*, XV, 1, 36, avec une légère modification qui en détermine la portée : *Et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est.* Elle a donc pour but de garantir l'aliénateur contre le dol du maître. Le texte d'Ulpien se rapporte en apparence au gage *(pignus)*, mais ce mot a été substitué par les compilateurs à celui de fiducie, car ailleurs Ulpien (*D.*, XIII, 6, 3, 5) affirme, d'après le 11e livre de Julien consacré à l'action *pigneraticia*, que cette action est donnée en raison du dol du maître aussi bien que des personnes sous sa puissance. La clause additionnelle visant le dol du maître s'applique donc à une action autre que l'action de gage. Cf. Lenel, II, 8.

(4) L'usage de la fiducie est très ancien. Deux faits le prouvent : son application à l'émancipation ; la forme archaïque de la clause rapportée par Cicéron.

(5) Alex., *C.*, IV, 24, 3, où l'on a interpolé *pignori nexum.*

(6) Marcel., *D.*, XXIV, 1, 49.

(7) Pap., *D.*, XXXIX, 6, 42. Cf. p. 801, 7. Senn, *N. R. H.*, XXXVII, 169.

(8) Gaius, *D.*, XVII, 1, 27, 1. Ce texte et les deux qui précèdent ont été interpolés. Cf. sur la fiducie *manumissionis causa*, Pernice, *Labeo*, III, 128.

(9) Gaius, II, 60 ; Paul, II, 13, 3. Boeth., in *Top.*, 10 (340, *Or.*).

les mêmes soins qu'à ses propres affaires (1); il ne répond ni de la perte fortuite, ni de la détérioration, car on ne lui demande que d'agir sans fraude. Pour la même raison, il ne doit pas disposer de la chose par testament (2), ni la vendre sinon pour fournir à l'aliénateur un moyen de se libérer envers lui. C'est ce qui a lieu dans la fiducie avec un créancier : à défaut de payement à l'échéance, l'acquéreur peut user de sa qualité de propriétaire pour vendre la chose (3); mais comme il a promis d'agir honnêtement, il doit au préalable dénoncer à l'aliénateur son intention (4). La vente faite, il garde le prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû et remet l'excédent à l'aliénateur.

De son côté l'aliénateur s'oblige éventuellement à indemniser l'acquéreur du préjudice que peut lui causer l'exécution de la fiducie : il doit notamment lui rembourser les impenses nécessaires ou utiles (5).

§ 3 Sanction. — A l'origine, la fiducie n'a été protégée par le droit civil que d'une manière indirecte (6) : il est permis à l'aliénateur de reprendre sa chose sans être considéré comme un voleur et d'en recouvrer la propriété par voie d'usucapion. Un délai d'un an suffit, même pour un immeuble. Cette *usureceptio* est autorisée dans la fiducie avec un créancier, même si l'aliénateur n'a pas payé sa dette (7); elle n'a pas lieu lorsqu'il s'est fait concéder la chose par le créancier à titre de louage ou de précaire. — L'exécution de la fiducie fut ensuite assurée par un *arbitrium* (8). On ne conçoit guère que la fiducie avec un créancier ait pu être adoptée par la pratique sans une convention d'arbitrage (9). C'est là surtout que les parties devaient hésiter entre leur intérêt et leur devoir : l'acquéreur devait être tenté de garder la totalité du prix de vente même s'il excédait le montant de sa créance, sous le prétexte de se couvrir des impenses qu'il avait faites. De là des contestations qui ne pouvaient être réglées que par l'arbitrage d'un homme de bien : lui seul pouvait apprécier équitablement l'étendue des droits respectifs des parties sur le prix de vente.

(1) Cels., *D.*, XVI, 3, 32, où les compilateurs ont substitué *deposito* à *fiducia* : le dépositaire ne répond que de son dol.

(2) Paul., II, 13, 6.

(3) Pomp., *D.*, XIII, 7, 8, 3, suppose l'existence de ce droit, car il indique les modifications qui peuvent être apportées à son exercice. Cf. *C. I. L.*, II, 5406.

(4) Alex., *C.*, VIII, 27, 4. Rescrit interpolé, car pour le gage il faut trois dénonciations et non une seule. (Paul., II, 5, 1.)

(5) Paul., II, 13, 1 et 7.

(6) Certains auteurs pensent que le pacte de fiducie fut d'abord sanctionné à titre de *lex mancipii* en vertu de la règle : *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. (Voigt, II, 887.) Mais cette règle n'a pas une portée générale, puis la fiducie ayant pour objet de mettre à néant le transfert opéré par la mancipation, il est impossible qu'elle tire son efficacité de l'acte qu'elle sert à détruire.

(7) C'est une usucapion lucrative. Gaius, II, 65, III, 201.

(8) Q. Muc., ap. Cic., *De off.*, III, 17. On a conjecturé que la fiducie fut sanctionnée par une action de la loi : la clause citée p. 442, 3 ne peut, dit-on, appartenir qu'à une *legis actio*. (Lenel, II, 8; Pernice, III, 1, 122.) Mais Cicéron affirme que l'*arbitrium fiduciæ* est un des cas où le dol est réprimé *sine lege*; la clause précitée devait figurer dans le formulaire usité pour conclure une fiducie. Cf. Plaut., *Bacch.*, III, 3, 9 : *Nunc propter te tuamque pravos factus est fiduciam*. Ter., *Phorm.*, III, 1, 5 : *Ne quid propter tuam fidem decepta pateretur mali*.

(9) La fiducie, dans ses applications au droit de la famille, fut sanctionnée par l'autorité du Préteur, et non par une action. Pap., *Collat.*, II, 3, 1; Paul., *D.*, I, 7, 34.

Les devoirs respectifs de l'acquéreur et de l'aliénateur ont été transformés par la coutume en obligations et sanctionnés par deux actions *in jus* de bonne foi (1), l'action *fiduciæ directa* (2) et l'action *fiduciæ contraria* (3) La fiducie paraît être tombée en désuétude au Bas-Empire (4). Elle n'est plus usitée sous Justinien.

III. **Le Commodat.**

Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel une personne, appelée commodant, remet gratuitement à une autre personne appelée commodataire un corps certain pour s'en servir. Le commodataire promet de rendre la chose au bout d'un certain temps; le commodant s'oblige éventuellement à l'indemniser des dépenses qu'il pourra faire pour la conservation de la chose.

Le commodat, très usité dans la Rome antique (5), fut pendant longtemps un acte sans valeur juridique; mais certains abus motivèrent l'intervention du magistrat. Le Préteur promit une action *in factum* contre le commodataire qui, par dol, refuserait de rendre l'objet prêté (6). On préféra sans doute plus d'une fois l'arbitrage d'un homme de bien et l'on demanda au Préteur de conférer à cet arbitre les pouvoirs d'un juge. Grâce à ce procédé, on substituait à une action rigoureuse une action plus souple dans laquelle le juge ne se contentait pas d'examiner si le commodataire devait être condamné à rendre, mais tenait compte des circonstances qui atténuaient sa responsabilité et des obligations qui incombaient au commodant (7).

Au Ier siècle de l'Empire, le commodat est sanctionné, comme la

(1) Lenel (II, 6) pense qu'avant l'action *in jus*, il exista une action *in factum* pour la fiducie, comme pour le commodat et le dépôt. (Cf. Girard, 524, 3. Contra Karlowa, II, 563; Pernice, III, 114.) C'est dans cette formule que figurait la clause *Ut inter bonos bene agier oportet*; la *condemnatio* était subordonnée au payement de la dette (Ulp., *D.*, XIII, 7, 24, 1, où *pignoraticia* est interpolé pour *fiduciæ*). A notre avis, cette action *in factum* n'est autre qu'un *arbitrium*. Ce n'est sûrement pas une action *in factum* ordinaire, car le juge n'aurait aucune liberté d'appréciation et Lenel reconnaît qu'elle lui prescrit de tenir compte de l'équité.

(2) Paul, II, 13, 7; *D.*, XIII, 7, 25; Ulp., *eod.*, 22, 3-4; 24 pr. Gaius, IV, 62.

(3) Ulp., *eod.*, 22 pr., 1-2; 24, 1. Ces textes ont été interpolés : on a substitué *pignus* à *fiducia*. Lenel a prouvé l'interpolation en montrant que ces textes sont extraits des livres 30 d'Ulpien, 31 de Paul, 16 de Gaius sur l'Edit et 13 du Digeste de Julien. Ces auteurs ayant traité du *pignus* dans les livres 28, 29, 13, 11, devaient ici s'occuper d'une autre convention qui ne peut être que la fiducie.

(4) On n'en trouve pas de trace certaine après Modestin (*Collat.*, X, 2, 2). La fiducie est mentionnée à coté du *pignus* dans des textes des IVe et Ve siècles (Honor., *C. Th.*, XV, 14, 9; Sidon., *Ep.*, IV, 24) et dans le Bréviaire d'Alaric (Paul, I, 9, 8; II, 4), mais on ne saurait affirmer que le mot ait conservé sa valeur technique.

(5) Plin., *H. n.*. XXXIII, 11. Cf. Plaut., *Asin.*, 427; *Aulul.*, 56. Cat., *R. r.*, 4.

(6) Gaius, IV, 47. *Commodare* est le terme employé par l'Edit. Les anciens jurisconsultes désignent le commodat par l'expression *utendum dare* (Pacon., ap. Ulp., *D.*, XIII, 6, 1, 1. Cat., *R. r.*, 6; Brut., ap. Gell., VI, 15; Lab., *D.*, XXXII, 29 pr.) pour le distinguer du dépôt *(servandum dare)* et du gage *(pignori dare)*. On ignore à quelle époque vivait Paconius; il est cité également par Paul, *D.*, XXXVII, 12, 3 pr.

(7) Cet *arbitrium* n'est pas mentionné par Cicéron, sans doute parce qu'il était d'une application plus rare que ceux qu'il cite. Mais Ulpien parle d'une action de commodat *in factum* où la décision est laissée *boni judicis arbitrio*; il rapporte en outre plusieurs règles qu'il attribue aux *Veteres* et à Q. Mucius, et qui prouvent que le juge statuait d'après l'équité. (*D.*, XIII, 6, 3, 4; 5, 3, 6 et 11.)

fiducie, par deux actions *in jus*, l'action *commodati directa* (1) et l'action *commodati contraria* (2). L'action *in factum* subsiste toujours.

§ 1er. **Formation.** — Le commodat exige pour sa formation deux conditions : la remise d'une chose au commodataire; une convention par laquelle celui-ci s'oblige à la rendre au commodant.

Le commodat peut avoir pour objet toute espèce de choses corporelles, même un immeuble (3). Les choses qui se consomment par le premier usage ne peuvent être prêtées que *ad pompam et ostentationem* (4).

La remise de la chose s'effectue par une simple tradition qui ne confère ici que la détention : le commodant garde la propriété et la possession (5). Le commodat peut d'ailleurs être consenti par un non-propriétaire, même par un voleur (6).

§ 2. **Obligations résultant du commodat.** — Le commodat est un contrat synallagmatique imparfait qui engendre des obligations à la charge du commodataire, parfois aussi à la charge du commodant.

1° La principale obligation du commodataire est de rendre la chose prêtée au temps et au lieu convenus; à défaut de convention, quand elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. Le commodant pourrait la réclamer auparavant, mais non d'une manière intempestive : il dépendait de lui de ne pas prêter; le contrat une fois conclu, il doit en subir les conséquences, alors même qu'elles lui sont préjudiciables (7). Le commodataire doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue avec tous les fruits et produits s'il y en a (8).

Jusqu'à la restitution, le commodataire doit conserver la chose comme un bon père de famille; il est responsable de la perte ou de la détérioration survenue par sa faute (p. 604). Par exception, il n'est tenu que de son dol lorsque le prêt a eu lieu dans l'intérêt du commodant. A l'inverse, il répond des cas fortuits lorsque la chose lui a été livrée après estimation (9).

Le commodataire ne peut employer la chose qu'à l'usage convenu, sous peine de commettre un *furtum usus*. Dans ce cas il est passible de l'action *commodati* et de l'action *furti;* il doit réparer le préjudice causé et payer une amende (10); de plus, il répond ici de la perte survenue par cas fortuit.

2° Le commodant est tenu d'indemniser le commodataire de toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose, par exemple les frais de maladie. Les dépenses que comporte l'usage de la chose, comme les frais de nourriture, restent à la charge du commodataire.

(1) Sab., ap. Paul., *D.*, XVII, 2, 38 pr. Cf. p. 427, 2.
(2) Lab., ap. Paul., *h. t.*, XIII, 6, 17, 5.
(3) L'opinion de Cassius a prévalu ici sur celle de Labeon (ap. Ulp., *h. t.*, 1, 1).
(4) Ulp., *h. t.*, 3, 6; ou *dicis gratia*. Gaius, *eod.*, 4.
(5) Pomp., *h. t.*, 8; Ulp., *h. t.*, 9.
(6) Paul., *h. t.*, 15; Marcel., *h. t.*, 16.
(7) Ulp., *h. t.*, 5 pr.; Paul., 17, 3 : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet.*
(8) Paul., *D.*, XXII, 1, 38, 10.
(9) Ulp., *h. t.*, 5, 10; 5, 3.
(10) Cf. Pomp., *D.*, XLVII, 2, 77 pr.; Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 8.

Le commodant répond aussi du dol et de la faute lourde commis au préjudice du commodataire (1).

A titre de garantie, le commodataire jouit d'un droit de rétention pour toute créance qui a sa cause dans le commodat (2). Il a aussi l'action *commodati contraria* pour faire valoir ses droits contre le commodant (3).

IV. Le Dépôt.

Il y a dépôt lorsqu'on met une chose en sûreté chez une personne qui s'engage à la garder et à la rendre quand on la lui demandera. Le dépôt peut s'effectuer de deux manières : par une aliénation fiduciaire ou par une simple tradition. Le second procédé, qui seul a reçu le nom technique de dépôt (4), a été, au début, sans valeur juridique. C'était un acte sans forme et, comme tel, il n'était pas susceptible de sanction. Mais la loi des Douze Tables, à l'exemple d'autres législations antiques (5), a traité le dépositaire infidèle comme un voleur; elle a édicté, contre celui qui refuse de rendre l'objet confié, la peine du double (6). Plus tard, la peine parut trop sévère : le Préteur déclara dans son édit (7), qu'il donnerait contre celui qui par dol ne peut rendre un dépôt, une action *(in factum)* tendant simplement à la réparation du préjudice (8). De son côté le dépositaire pouvait, par un *contrarium judicium*, se faire indemniser des dépenses faites à l'occasion de la chose (9). On considéra enfin le dépôt comme un acte

(1) Gaius, *h. t.*, 18, 2-3; Paul, *h. t.*, 22. Cf. p. 606.

(2) Jul., *D.*, XLVII, 2, 59; Paul, *eod.*, 15, 2.

(3) Il semble qu'il aurait suffi de permettre au commodataire, poursuivi par l'action directe, de former une demande reconventionnelle. Le juge est autorisé, par la clause *ex fide bona*, à tenir compte de tout ce que la bonne foi commande dans l'intérêt des deux parties. L'action contraire est cependant fort utile dans les cas où le commodant n'intente pas l'action directe parce qu'il n'y a pas intérêt : lorsque les dépenses faites par le commodataire sont supérieures à la valeur de la chose; lorsque la chose a péri. Elle est utile également lorsque le juge de l'action directe ne croit pas devoir tenir compte de la réclamation du commodataire.

(4) *Deponere* est le terme consacré par l'édit. Les anciens jurisconsultes considèrent le dépôt comme un *servandum dare* : Q. Muc., ap. Gell., VI, 15. Plus tard, on essaya de distinguer les deux expressions : *Depositum est quasi diu positum. Servandum est, quod [ad] breve tempus custodiendum datur.* (Paul, II, 12, 2.) Mais le sens attribué à *deponere* repose sur une étymologie fantaisiste.

(5) Loi de Hammourabi, 124 (éd. Scheil, 1904).

(6) Paul, II, 12, 11.

(7) *Ibid.*; Gaius, IV, 47. Ce n'est pas le seul cas où le Préteur a modifié une peine établie par les Douze Tables, soit pour l'atténuer (vol manifeste), soit pour l'aggraver (injure). Gaius, III, 224, 189.

(8) On ignore à quelle époque remonte l'action de dépôt *in factum*; elle existait au temps de J. César (Ofil., *D.*, XXXIV, 2, 39, 1; *Veteres*, ap. Paul, *D.*, XLI, 2, 3, 18); elle avait alors un caractère délictuel; Trebatius la traite comme une action noxale (Paul, *h. t.*, [*D.*, XVI, 3], 21, 1). Le dépositaire doit avoir commis un dol en se mettant hors d'état de restituer (destruction, aliénation); s'il a seulement détérioré la chose, il n'est pas responsable. Sur ce point, comme sur le précédent, les jurisconsultes postérieurs sont d'un avis différent. (Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 1, 18; Ulp., 1, 16 : *potest dici*). D'après Labéon, en certains cas, le dol n'est pas nécessaire ; si le dépositaire est fou, impubère, s'il est mort sans héritier (ap. Ulp., *h. t.*, 1, 14), l'obligation de rendre subsiste. A l'inverse, le dol suffit, d'après Labéon (*eod.*, 34), pour obliger le dépositaire, alors même qu'il aurait rendu la chose intacte et sans retard : il a, par exemple, exigé de l'argent pour restituer. Il semble bien que Labéon songe ici à une action de bonne foi.

(9) Ulp., *h. t.*, 5 pr. Cf. Lenel, II, 3.

impliquant des obligations réciproques : on en fit un contrat de bonne foi.

§ 1er. **Dépôt régulier.** — Le dépôt est, au Ier siècle de l'Empire (1), un contrat réel et de bonne foi par lequel une personne (le déposant) confie une chose mobilière à une personne (le dépositaire) qui doit la garder gratuitement et la rendre à première réquisition.

Le dépositaire doit d'abord garder la chose : c'est là le but du dépôt. Il ne peut s'en servir, sous peine de commettre un *furtum usus*; il doit s'abstenir de tout dol (2). Sous Justinien, la faute lourde est assimilée au dol (3). Mais le dépositaire ne répond pas, sauf convention contraire, de la perte survenue par sa négligence ni des cas fortuits. Par exception, le dépositaire est responsable de sa faute légère lorsqu'il s'est offert à garder la chose (4). — Si l'*accipiens* promet de veiller sur la chose en bon père de famille, il y a mandat et non dépôt. S'il exige un salaire, il y a louage ou contrat innommé.

Le dépositaire doit ensuite rendre la chose à la première demande, alors même qu'un terme aurait été fixé dans le contrat (5). Il doit la rendre avec tous ses accessoires. Les frais de port, s'il y en a, ne sont pas à sa charge (6).

Le déposant répond de toute faute qu'il a commise au préjudice du dépositaire, pourvu qu'il ait pu en prévoir les conséquences (7). Il est tenu de l'indemniser des dépenses qu'il a dû faire, par exemple des frais de nourriture d'un esclave (8).

Les obligations respectives du dépositaire et du déposant sont sanctionnées, les unes par l'action *depositi directa*, les autres par l'action *depositi contraria* (9). Comme pour le commodat, l'action prétorienne *in factum* s'est maintenue à côté de l'action *in jus*.

§ 2. **Dépôt nécessaire.** — Les modernes appellent dépôt misérable ou nécessaire celui qui a lieu en cas de tumulte, incendie, ruine ou naufrage. Le déposant n'a pas le temps de choisir le dépositaire : il confie sa chose au premier venu (10). Aussi ce dépositaire est-il tenu plus rigoureusement qu'un dépositaire ordinaire : l'Edit du Préteur prescrit une condamnation au double en cas de dol; mais, sous Justinien, cette condamnation n'est encourue que dans le cas de négation du dépôt (11). Par application d'une règle générale à l'époque classique, la responsabilité des héritiers du dépositaire infidèle est atténuée : mais au lieu

(1) Sab. ap. Paul. *D.* XVII, 2, 38 pr.; Ulp. *h. t.*, 1, 23 (textes suspects).
(2) Ulp., *h. t.*, 1 pr.; 1, 25; Paul., *h. t.*, 29 pr.
(3) Cels., *eod.*, 32. Texte interpolé (p. 443, 1).
(4) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 1, 5; Ner., *D.*, XVII, 1, 39; Ulp., *h. t.*, 1, 12-13; 1, 35.
(5) Jul., *h. t.*, 1, 22. Marcellus fait une réserve pour le cas où un obstacle materiel ne permettrait pas de donner immédiatement satisfaction au déposant.
(6) Ulp., *h. t.*, 1, 24; Pomp., *h. t.*, 12 pr., 1.
(7) Jul., ap. Afr., *D.*, XLVII, 2, 62, 5 : *Æquius esse nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse.*
(8) Mod., *h. t.*, 23; *Collat.*, X, 2, 5.
(9) Le dépositaire qui se laisse condamner encourt l'infamie. (Gaius, IV, 182; Jul., *D.*, III, 2, 1 pr.) Il n'en est pas de même du déposant.
(10) Ulp., *h. t.*, 1, 2-3. Cf. C. civ. 1949.
(11) Ulp., *h. t.*, 1, 4; *Inst.*, IV, 6, 26.

d'être tenus seulement dans la mesure de leur enrichissement, ils sont tenus *in simplum* (1).

§ 3. **Dépôt irrégulier.** — Le dépôt irrégulier diffère du dépôt ordinaire en ce que le dépositaire doit rendre, non pas l'objet même qu'il a reçu, mais une quantité équivalente. Il s'applique, non à des corps certains, mais à des quantités, généralement de l'argent monnayé : il se conclut habituellement avec un banquier.

Le dépositaire peut se servir de l'argent qui lui a été confié : le contrat ressemble à un *mutuum* ; le dépositaire acquiert la propriété des écus et en supporte les risques. Mais entre ces deux contrats, l'un de bonne foi, l'autre de droit strict, il y a des différences qui ne permettent pas de les confondre.

Ils diffèrent d'abord par l'intention des contractants (2) : le dépositaire rend un service au déposant; l'emprunteur en reçoit un du prêteur. Le *mutuum* se fait à terme : le dépôt irrégulier est ordinairement sans terme. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui un dépôt *à vue*. Le déposant entend conserver la libre disposition de son argent; le prêteur en transfère la propriété. Dans le dépôt un simple pacte, une mise en demeure suffit pour faire courir les intérêts. L'action de dépôt ne donne pas lieu à la *sponsio* du tiers, mais elle entraîne l'infamie. La *querela non numeratæ pecuniæ* ne s'applique pas à l'écrit constatant un dépôt. La créance du déposant est privilégiée.

Il n'y a pas dépôt irrégulier dans le cas où les parties ont eu l'intention de convertir actuellement ou éventuellement un dépôt régulier en un *mutuum* ; il y a deux contrats distincts : un dépôt, puis un *mutuum* subordonné à la condition que le dépositaire se servira de l'argent qui lui a été remis. Tant que la condition n'est pas accomplie, on applique les règles du dépôt; après, celles du *mutuum* (3).

Le dépôt irrégulier était très usité, aux premiers siècles de notre ère, dans les provinces grecques de l'Empire (4). C'est une question de savoir s'il a été, dès cette époque, consacré par le droit romain, comme il l'est certainement sous Justinien (5). La validité de ce contrat fut discutée entre les jurisconsultes du temps des Sévères. D'après Papinien, on peut convenir que le dépositaire rendra une somme équivalente à celle qu'il a reçue et payera des intérêts (6). Paul et Ulpien sont

(1) Cette anomalie tient peut-être à ce que la règle générale n'avait pas encore été nettement formulée à l'époque où fut proposé l'Édit sur le dépôt.

(2) Ulp., *D.*, XLII, 5, 24, 2 *Aliud est credere, aliud deponere.*

(3) Ulp., *D.*, XII, 1, 9, 9; 10; *h. t.*, 1, 34.

(4) Paul rapporte un acte de dépôt irrégulier rédigé en grec (*h. t.*, 26, 1). Les papyrus gréco-égyptiens en offrent plusieurs exemples du IIe siècle (*P. Lond.*, II, nos 298, 310, *P. Berlin*, 702, *P. Vienne*, 29, 303, *P. Oxy.*, 71.)

(5) Un passage d'Alfenus (*D.*, XIX, 2, 31) a fait croire que le dépôt irrégulier était pratiqué à Rome à la fin de la République. Mais si ce passage était authentique, on ne s'expliquerait pas que la validité de ce contrat ait été discutée deux siècles plus tard. Il s'agit en réalité d'une phrase intercalée dans un texte étranger à la question examinée par Alfenus. Cf. Segré. *Bull. dir. R.*, XIX, 197; Kübler, *Sav. Z.*, XXIX, 189; Naber, *Mnemosyne*, XXXIX, 62; Collinet, *Etudes*, I, 116.

(6) Papinien (*h. t.*, 24) est consulté sur un acte en forme de lettre par lequel Titius promet à Sempronius de lui payer quand il voudra et où il voudra 100 écus que celui-ci lui a confiés par l'intermédiaire de son homme d'affaires, l'esclave Stichus. On demande si Titius doit les intérêts. Papinien répond affirmativement; on

d'un avis opposé : le pacte d'intérêts, dit Paul, est contraire à la nature du dépôt (1); le déposant, dit Ulpien, qui reçoit des intérêts de son banquier, renonce au dépôt et perd son privilège en cas de faillite du banquier (2). Justinien a adopté l'opinion de Papinien, conforme à la pratique des provinces orientales.

§ 4. **Séquestre.** — Il y a séquestre *(in sequestro deponere)*, lorsque plusieurs personnes s'entendent pour confier à un tiers un objet, à charge de le conserver et de le rendre à l'une d'entre elles sous une condition déterminée (3). Le cas le plus fréquent est celui où le séquestre a pour objet une chose litigieuse ; mais il suffit d'une opposition d'intérêts entre deux personnes pour motiver un séquestre (4) : c'est là le trait caractéristique de ce contrat; en cela il diffère du dépôt ordinaire (5).

Il en diffère également à d'autres égards : *a*) il s'applique aux immeubles aussi bien qu'aux meubles, et même aux personnes ; *b*) la restitution ne peut être demandée que par un seul des déposants et sous une condition déterminée; *c*) le séquestre peut avoir la possession; ordinairement, il n'a que la détention : la chose lui est remise *custodiæ causa ;* mais elle peut aussi lui être livrée *omittendæ possessionis causa* (6) : les parties renoncent respectivement à la possession pour empêcher l'usucapion de s'accomplir au préjudice de l'une d'elles au cours du procès (7); *d*) le séquestre est sanctionné par une action spéciale, *sequestraria depositi* (8).

les réclamera, dit-il, par l'action *depositi* s'il a été convenu que Titius payerait des intérêts, sinon, ils ne seront dus qu'après une mise en demeure. Papinien n'hésite pas à déclarer que l'opération est un dépôt, bien qu'elle ait été caractérisée dans l'acte par le mot *commendare*. Cette décision est suivie d'une phrase qui la contredit absolument : ce ne peut être qu'une remarque d'un jurisconsulte qui ne partageait pas l'avis de Papinien.

(1) *Ibid.*, 26, 1 : *Eum contractum, de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere*. La fin du texte a été interpolée : contrairement au principe posé par Paul, elle autorise l'action de dépôt pour réclamer les intérêts.

(2) *Ibid.*, 7,2. Pour Ulpien, le dépôt d'argent avec intérêts est un prêt (p. 432, 1).

(3) PAUL, *h. t.*, 6. L'usage du séquestre sous la République est attesté par PLAUT., *Rud.*, IV, 3, 62; *Merc.*, IV, 3, 20; CATO, *frg.*; MOD., *D.*, L, 16, 110. Le séquestre peut, avec l'autorisation du Préteur, renoncer à la mission qu'il a acceptée; mais il faut une cause grave, et l'on doit prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts des déposants. ULP., *h. t.*, 5, 2.

(4) FLOR., *h. t.*, 17 pr. AFR., *D.*, XLVI, 3, 39 *in fine*; GAIUS, *D.*, X, 2, 5. Le séquestre est parfois ordonné par le magistrat : PAPIN., *D.*, XLIX, 1, 21, 3; ULP., *D.*, II, 8, 7, 2; XLIII, 30, 3, 6.

(5) Le séquestre peut être chargé de trancher, à titre d'arbitre, le différend qui existe entre les déposants. Le contrat de dépôt est ici accompagné d'un *receptum arbitrii* (ULP., *D.*, IV, 8, 11, 2). Il en était ainsi dès le temps de Plaute (*l. c.*).

(6) JUL., *D.*, XLI, 2, 39; cf. FLOR., *h. t.*, 17, 1.

(7) A défaut de cette convention, celui des plaideurs qui était en train d'usucaper aurait pu achever l'usucapion puisqu'il continuait à posséder par l'intermédiaire du séquestre. Sans doute, s'il avait perdu son procès, il aurait été condamné à restituer, mais le jugement n'était pas opposable aux tiers à qui il aurait pu consentir des droits réels. Ces inconvénients disparaissent lorsque les parties conviennent de transférer la possession au séquestre : l'usucapion est dès lors interrompue.

(8) POMP., *h. t.*, 12, 2; LAB., ap. ULP., *D.*, IV, 3, 9, 3. Cf. LENEL, II, 231; KARLOWA, II, 606. Cette action, qui existait au temps de Labéon, ne pouvait être, à cette époque, qu'une action *in factum* : elle différait de l'action *in factum depositi* en ce que le Préteur indiquait dans la formule la condition à laquelle la restitution était subordonnée. Arg. LAB., l. c. : *Quoniam ... neque sequestraria Seium convenire potes, nondum impleta conditione depositionis.*

Dans certains cas, le séquestre perd le caractère de dépôt pour prendre celui de mandat : lorsque le dépositaire accepte la mission de vendre l'objet et d'en verser le prix aux mains de celui des déposants qui triomphera dans l'instance (1).

V. Le gage.

Le gage est un contrat par lequel une personne remet une chose à une autre, non pour s'en servir, mais pour garantir le recouvrement d'une créance, et à charge de la rendre quand la créance sera éteinte.

Cette convention a été de bonne heure usitée (2). L'Édit du Préteur l'a sanctionnée : il accorde au débiteur, pour réclamer sa chose, une action *in factum*. L'exercice de cette action est subordonné à quatre conditions : que le gage garantisse une dette d'argent ; que le débiteur ait payé ou donné une satisfaction au créancier ; qu'il n'ait pas dépendu du créancier de recevoir le payement ; que le créancier n'ait pas rendu la chose (3). On ignore à quelle époque remonte cet édit; il est sûrement antérieur à Julien qui connaît l'action de gage *in jus* (4) : il existait vraisemblablement au temps de Labéon (5). Au IIe siècle de notre ère, le gage est un contrat.

§ 1er. **Le contrat de gage.** — Il ne faut pas confondre le contrat de gage avec la sûreté réelle de ce nom (6) : le contrat tend à la constitution d'une sûreté réelle; mais son existence n'est pas subordonnée à la réalisation de cette sûreté (7). Pour que le contrat se forme, deux conditions sont nécessaires : la remise d'une chose ; l'accord des parties en vue de constituer une sûreté réelle.

Le gage est un contrat synallagmatique imparfait; il oblige le créancier gagiste, éventuellement le constituant.

Le créancier qui reçoit le gage est obligé à le rendre dès qu'il a

(1) Lab., l. c. Si par la faute du défendeur, le procès ne peut être jugé, le déposant ne peut intenter ni l'action *mandati*, ni l'action *sequestraria* puisque la condition mise à la restitution n'est pas réalisée. Labéon donnait dans ce cas l'action de dol contre le défendeur. Mais Pomponius pense que l'on peut agir *præscriptis verbis* contre le séquestre.

(2) Cato, *R. r.*, 146 : *Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt pignori sunto.* Cf. 149 et 150. On la retrouve, conçue dans les mêmes termes, chez Labéon, *D.*, XX, 6, 14 : *Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset..*

(3) Ces conditions multiples ne se conçoivent que dans une formule *in factum*. Pour une action *in jus*, il suffirait d'indiquer la convention d'où résulte l'obligation : *Quod... pignori dedit.* Cf. Lenel, I, 293.

(4) Ap. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XIII, 7], 13 pr.) ; cf. Cels., *D.*, XII, 1, 1, 1.

(5) Labéon cite le gage à côté du mandat parmi les actes conclus avec les banquiers (*D.*, II, 13, 6, 3); à côté de la vente parmi les actes qui peuvent être faits en fraude des créanciers (*D.*, XLII, 8, 6, 6). Il est difficile de croire qu'il fut sans valeur juridique. Cf. Naber, *Mnemos.*, XXXI, 221; Manigk, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1904, I, 33.

(6) V. p. 661. Le gage avait l'inconvénient de priver le débiteur de l'usage et de la jouissance de sa chose; on y remédiait par une clause de précaire (p. 504, 7) Le créancier y trouvait l'avantage d'être dispensé de la garde de la chose; son droit n'était pas compromis, car il pouvait révoquer *ad nutum* sa concession.

(7) Si par exemple la créance qu'on a entendu garantir n'existe pas, la sûreté n'a pas de raison d'être : mais le constituant invoquera le contrat pour réclamer la restitution immédiate du gage. (Ulp., *h. t.*, 11, 2.) Si l'on a donné en gage la chose

reçu satisfaction (1). Il est tenu également de restituer tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la chose (2). Jusqu'à la restitution, le créancier doit conserver le gage comme un bon père de famille. Si la chose est frugifère (terre, maison, esclave), les rescrits du IIIe siècle l'obligent à en percevoir les fruits, à charge d'en imputer la valeur sur le montant de la dette (3). Sa responsabilité est semblable à celle du commodataire (4). Il ne répond pas des cas fortuits, parce qu'il est débiteur d'un corps certain.

Le constituant est à son tour obligé à indemniser le créancier des dépenses nécessaires qu'il a faites dans l'intérêt du constituant (5) et du dommage que lui a causé la chose remise en gage ; il doit le décharger des obligations qu'il a contractées en cas de vente du gage (6). Enfin, il est responsable de sa faute ou de son dol s'il a donné en gage une chose qui ne lui appartient pas ou qui n'a pas les qualités nécessaires pour fournir une sûreté sérieuse au créancier (7).

L'obligation du créancier est sanctionnée par l'action *pigneraticia*. L'obligation éventuelle du constituant était, à l'époque classique, dépourvue de sanction ; mais s'il réclamait la restitution du gage, le créancier faisait valoir sa créance réciproque en demandant au magistrat de donner à l'action *pigneraticia* le caractère d'un *contrarium judicium* (p. 387, 2). Lorsque le constituant était de mauvaise foi, le créancier avait le droit de le poursuivre *extra ordinem*, comme un stellionataire (8). Justinien a donné au créancier gagiste l'action *pigneraticia contraria* (9).

§ 2. Le pacte d'antichrèse. — C'est une convention, dont l'usage a été emprunté aux pays de civilisation hellénique. Le débiteur d'une somme d'argent livre à son créancier la possession d'un immeuble (terre ou maison) en l'autorisant à en tirer profit jusqu'au payement de la dette (10). Les fruits perçus tiennent lieu d'intérêts (11).

Il y a là une convention aléatoire qui, à ce titre, n'est pas soumise

d'autrui, le créancier n'acquiert pas la sûreté sur laquelle il comptait : il invoquera le contrat pour demander soit une indemnité soit un autre gage (*Ib* 9 pr ; 36, 1 ; Paul, 16, 1 ; Marc., 32) Le constituant lui-même pourra se prévaloir du contrat pour se faire restituer, après payement, la chose qu'il a libérée. Ulp., 9, 4 ; 22, 2

(1) Ulp., *h. t.*, 9, 3 ; 22, 2.

(2) Pap., *h. t.*, 22 pr ; Paul, *D.*, XLVII, 2, 15 pr. ; Marc., *D.*, XX, 5, 7 pr.

(3) Sev., Car., *C.*, IV, 24, 1 ; Alex., *eod.*, 2 ; 3.

(4) Ulp., *h. t.*, 13, 1.

(5) Pomp., *eod.*, 8 pr. Cette règle doit d'ailleurs s'appliquer *civiliter* en tenant compte de la situation pécuniaire du constituant. Ulp., *eod.*, 25 : *Mediæ igitur hæc a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus, neque onerosus creditor audiatur.* Paul, *D.*, X, 2, 29 *in f.* ; Carac., *C.*, VIII, 14, 6.

(6) Ulp., *h. t.*, 22, 4.

(7) Ulp., *h. t.*, 9 pr. ; 36 pr. ; Paul, 16, 1.

(8) Ulp., *h. t.*, 1, 2 ; Paul, *h. t.*, 16, 1.

(9) Les textes classiques, qui mentionnent l'action contraire de gage, sont tous interpolés. Les uns se rapportaient à l'action contraire de fiducie (Ulp., *h. t.*, 22, 3-4 ; 24 pr. ; Paul, *h. t.*, 25 ; Pomp., *h. t.*, 3 ; 8 pr. Cf. Lenel, I, 294 ; *Pal.* 632, 799), les autres au *contrarium judicium* : Ulp., *h. t.*, 9 pr. ; Paul, 16, 1, dont les compilateurs ont modifié la portée en le faisant précéder de cette déclaration : *contrariam pignoraticiam creditori actionem competere certum est.*

(10) Marc., *D.*, XX, 1, 11, 1.

(11) Philip., *C.*, IV, 32, 17 : *Fructus in vicem usurarum.* Le pacte d'antichrèse est aussi usité pour tenir lieu des intérêts moratoires (p. 609, 10).

à la règle limitant le taux de l'intérêt, à moins qu'elle n'ait été faite en fraude de la loi (1).

Le pacte d'antichrèse peut être joint à une constitution de gage : il est alors sanctionné par l'action *pigneraticia* (2) et par les interdits possessoires. Il peut aussi être fait, sans qu'il y ait une convention de gage; la possession n'en est pas moins censée remise *pignoris loco* (3). Sous Justinien, le pacte d'antichrèse est ici sanctionné par une action *in factum*, comme s'il y avait un contrat innommé (4). Quant au créancier, il est vraisemblable qu'à l'époque classique son droit à la jouissance de la chose était protégé par les interdits.

Le pacte d'antichrèse est sous-entendu lorsqu'une chose frugifère est remise en gage pour sûreté d'un prêt gratuit (5).

CHAPITRE V

Contrats consensuels.

La consécration par le droit civil des quatre contrats de vente, de louage, de société, de mandat, est le point de départ d'une phase nouvelle de la législation romaine : c'est l'abandon, dans quelques cas très importants en pratique, du principe de l'ancien droit, d'après lequel la loi ne sanctionne que les actes solennellement placés sous la garantie de l'État ou qui, tout au moins comme le *mutuum*, sont absolument certains quant à leur fondement et quant à leur objet. Ici, le simple accord des volontés *(nudus consensus)* est obligatoire. C'est aussi l'abandon du principe que le juge doit interpréter les actes juridiques d'après les déclarations faites par les parties lors du contrat (6).

Si, sous ce double rapport, les quatre contrats consensuels se ressemblent et ont pu être compris dans une même classification, ils forment cependant deux groupes distincts : le premier comprend la vente et le louage; le second la société et le mandat. Les contrats du premier groupe consistent dans l'échange de deux promesses, dont l'une a régulièrement pour objet une somme d'argent. De plus, les contractants ont des intérêts opposés; chacun poursuit un avantage distinct et cherche à le réaliser aux dépens de l'autre (7). Les contrats du second groupe se forment *intuitu personæ :* ils impliquent une confiance particulière dans les qualités ou dans les aptitudes de la personne avec laquelle ils sont conclus. Aussi le dol empêche-t-il ces contrats de se former; l'action qui les sanctionne est infamante; les

(1) Gord., *C.*, IV, 32, 16.
(2) Marc., *D.*, XIII, 7, 33. *P. Leipz.*, 10. 11. 18. de l'an 240.
(3) *P. Berlin*, 101 de l'an 114/5; IV, 1115; *P. Lond.*, III, p. 136.
(4) Marc., *D.*, XX, 1, 11, 1 (fin interpolée).
(5) Paul, *D.*, XX, 2, 8.
(6) *In emptis enim et venditis, potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est.* (Pomp., *D.*, XVIII, 1, 6, 1; cf. Ulp., *D.*, XIX, 1, 11.
(7) Paul, *D.*, XIX, 2, 21, 3.

obligations qu'ils produisent ne passent pas aux héritiers ; ces contrats sont révocables au gré de chacune des parties.

I. La vente.

§ 1er. **Histoire de la vente.** — Aux premiers siècles, la vente est l'échange d'une marchandise contre de l'argent. Elle se réalise avec ou sans solennité, par une mancipation ou par une tradition ; ses effets se confondent avec ceux de la mancipation ou de la tradition. Elle ne donne lieu à aucune obligation (1).

Cette conception parut trop étroite lorsque le commerce prit un certain développement. Au VIe siècle, la vente n'est plus l'échange de deux prestations ; c'est un acte consensuel et non réel ; c'est une convention par laquelle le vendeur promet de livrer une chose à l'acheteur qui, de son côté, promet de payer un certain prix. Désormais, la convention ne se confond plus avec l'échange ; la promesse est séparée de l'exécution. Il y a deux actes distincts : l'un qui engendre des obligations, l'autre qui les exécute au moyen d'une double aliénation.

La distinction de ces deux actes paraît avoir été suggérée par un usage appliqué aux ventes faites pour le compte de l'Etat. Ces ventes ayant lieu aux enchères, les conditions en étaient fixées à l'avance par les censeurs. Elles étaient consignées dans le cahier des charges de l'adjudication *(lex censoria)* et portées à la connaissance du public verbalement et par voie d'affiches. C'était un simple projet susceptible de modification : il ne devenait obligatoire qu'au moment de l'adjudication. L'accord des volontés se manifestait par une question posée par l'adjudicataire *(emptum rogare)* et par la réponse du magistrat *(addictio)* (2).

A l'exemple de l'Etat, les particuliers prirent l'habitude de séparer la vente de sa réalisation, de rédiger une *lex contractus*. Cet usage s'est conservé à l'époque classique et a été appliqué aux deux contrats empruntés au droit public, la vente et le louage. Dans un sens large, l'expression *lex contractus* désigne une clause quelconque d'un contrat, même une clause accessoire. Mais dans un sens étroit, elle caractérise les clauses essentielles du contrat, celles qu'un vendeur ou un locateur insère dans le cahier des charges de la vente ou du louage (3), comme le fait le censeur dans la *lex censoria*.

Ces clauses font corps avec le contrat : une fois acceptées par l'acheteur ou par le locataire, elles sont la loi des parties, et sont sanctionnées par les actions qui découlent de la vente ou du louage. L'ensemble de ces clauses forme la *lex venditionis* ou *locationis* (4). Préparée à

(1) Dans un cas où la vente ne pouvait être faite au comptant, les Douze Tables autorisent le vendeur non payé à exercer la *pignoris capio* contre l'acheteur. GAIUS, IV, 28. Cf. p. 843, 4.

(2) PLAUT., *Pœn.*, II, 1, 50 ; *Capt.*, I, 2, 78 ; CIC., *De har.*, 13 ; PLIN., *H. n.*, XIV, 4, 50 ; XVII, 1, 3 ; JUL., *h. t.*, [*D.*, XVIII, 1], 41 pr.

(3) Clauses relatives à la qualité (ULP., *D.*, XIX, 1, 34. CELS., *h. t.*, 59 ; JUL., *eod.*, 22) ou à la quantité de la chose due (ALF., *eod.*, 40 pr. ; ULP., *D.*, XIX, 1, 13, 15), à la date du payement (LAB., 51, 1), à la personne autorisée à le recevoir (JUL., *D.*, XLV, 1, 56, 2). Cf. Ed. CUQ (*Dict. Antiq.*, III, 1113).

(4) CIC., *De Or.*, I, 58, 246 : *Manilianæ venalium vendendorum leges*, VARR., *R. r.*,

loisir par le vendeur ou le locateur, la *lex contractus* doit être conçue en termes clairs et non équivoques (1).

La séparation de la vente et de sa réalisation répondait aux exigences du commerce : elle permit de conclure certaines ventes qui étaient jusqu'alors impossibles : vente de fruits à venir, de la récolte pendante d'un champ (2). Ces sortes de ventes furent très usitées au VI[e] siècle (3).

La vente consensuelle, comme les autres actes non formels, fut d'abord sans valeur juridique. Mais s'il se produisait des difficultés entre les parties, il était d'usage de les régler par voie d'arbitrage (4). Ici encore apparaît l'influence du droit public sur le droit privé (5) : l'arbitre apprécie les rapports des parties, comme le fait le censeur dans les ventes administratives (6), en s'inspirant de l'équité (7). Vers la fin de la République, les obligations résultant de la vente furent sanctionnées par des actions proprement dites : l'action *ex empto* au profit de l'acheteur, l'action *ex vendito* au profit du vendeur (8).

La vente était parfois accompagnée de stipulations, soit pour confirmer des clauses étrangères à la nature de l'acte, soit pour donner à l'obligation de l'acheteur et à certaines obligations du vendeur une précision destinée à les soustraire à l'appréciation de l'arbitre (9). Ces stipulations servaient, non pas à rendre juridiquement obligatoire l'accord des parties (10), mais à assurer la réalisation de la vente (11).

I, 2, 17 : *Leges coloniæ;* JAV., *h. t.*, 77; XIX, 2, 51 pr., GAIUS, *eod.*, 25, 3; PAUL, *od.*, 55. 2; POMP., *D.*, XLVII, 12, 5.

(1) PAP., *D.*, II, 14, 39. Pour prévenir toute difficulté, on empruntait ces clauses à des formulaires composés par les Prudents. CIC., *De leg.*, I, 4, 14; *Top.*, 8, 33.

(2) CATON, *R. r.*, 146, 147, 149, 150.

(3) L'usage général de la vente consensuelle est attestée par les comédies de Plaute. Vente d'immeuble (*Most.*, V, 1, 43), de denrées (*Aul.*, II, 8, 3). Cf. COSTA, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 323. On trouve aussi dans Plaute des exemples de vente aux enchères (*Merc.*, II, 5, 97) et d'*addictio in diem* (*Capt.*, I, 2, 76). Cf. sur la valeur de ces textes, Ed. CUQ. *L'ancien droit*, p. 39.

(4) L'*arbitrium viri boni* dans la vente d'esclave était connu des *Veteres* (ULP., *h. t.*, 1, 7 pr.) Cicéron (*De off.*, III, 15) cite un arbitrage en matière de vente dans la première moitié du VII[e] siècle. L'arbitre était M. Caton, le père de Caton d'Utique : *Arbitrum illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.*

(5) VARR., ap. NON., 519 : *Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellaverunt : idem enim valet censere et arbitrari.*

(6) L'adjudicataire ne pouvait suivre la procédure usitée pour les différends entre particuliers et intenter contre l'Etat une action proprement dite : il devait adresser sa réclamation au magistrat compétent qui jugeait lui-même les cas les plus importants. Les Romains n'ont pas craint de confier la décision de ces affaires à un magistrat qui était à la fois juge et partie dans sa propre cause, en tant que représentant de l'Etat : l'Etat avait intérêt à se montrer équitable vis-à-vis de ceux qui traitaient avec lui; l'arbitraire des magistrats eût été la ruine de son crédit.

(7) Varron (*L. l.*, VI, 71) signale cette différence entre le censeur et le préteur : *Quod tum et prætorium jus ad legem et censorium judicium ad æquum existimabatur.*

(8) L'action *ex vendito* existait au temps de Servius (ap. ULP., *D.*, XIX, 1, 13, 30), et de Varron (*R. r.*, 2, 5; cf. CIC., *De off.*, III. 15 et 17.)

(9) Stipulation du prix lorsque le vendeur fait crédit à l'acheteur, stipulation servant à permettre l'accession d'un *fidepromissor* qui ne peut garantir qu'une obligation verbale, stipulation pour opérer une délégation. (CATO, *R. r.*, 146, 149.) Il n'y a pas trace, à cette époque, d'une stipulation de l'objet à livrer.

(10) Il n'y a aucun exemple certain d'une vente faite sous la forme d'une double stipulation, ce qui serait bien singulier si telle eût été la forme normale de la vente. Les formulaires de Caton ne sont pas des formulaires de stipulations : c'est un recueil de clauses usitées dans la vente et le louage. Nulle part il n'est dit que l'ensemble des clauses fût confirmé par une stipulation : quelques-unes étaient l'objet d'une stipulation; pour les autres, il n'est question que d'un simple pacte.

(11) L'expression *emptio venditio* ne prouve pas, comme on le dit parfois, que la

A l'époque classique, la vente consensuelle n'a pas subi de modification essentielle dans sa structure et dans ses effets. La jurisprudence a conservé certaines règles difficiles à justifier théoriquement, mais qui, à l'user, n'avaient pas présenté d'inconvénients appréciables. Son œuvre a consisté à préciser les obligations respectives des parties, à faire de la garantie une conséquence naturelle de la vente, à élargir les pouvoirs du juge pour donner pleine satisfaction à l'équité.

La vente est un contrat consensuel, synallagmatique et de bonne foi, par lequel l'une des parties (le vendeur) s'oblige à procurer la possession paisible et durable d'une chose à l'autre partie (l'acheteur) qui s'oblige à lui payer un prix en argent. A la différence du droit moderne (C. civ. 1583), la vente ne fait pas acquérir directement la propriété.

§ 2. **Éléments essentiels.** — La vente exige pour sa formation trois éléments : *res, pretium*, *consensus*, une chose à livrer par le vendeur, un prix à payer par l'acheteur, le consentement des parties.

1. Objet. — La vente a ordinairement pour objet une marchandise *(merx)* (1), par conséquent une chose mobilière. La vente est en effet l'instrument principal du commerce, l'acte juridique spécialement destiné à l'échange des marchandises et à la circulation des biens (2).

La vente a reçu une application plus générale : elle peut avoir pour objet toute chose corporelle *in commercio* (3), et même certaines choses incorporelles : créances, actions en justice, universalités juridiques (hérédité ouverte, pécule). Quant aux droits réels, s'il s'agit d'un droit à établir, la vente est toujours possible ; mais pour un droit déjà établi, il faut qu'il soit susceptible de changer de titulaire ou tout au moins d'être exercé par un tiers : le droit sur l'*ager vectigalis*, l'usufruit, la superficie (4). Les servitudes urbaines et l'hypothèque ne peuvent se vendre qu'avec le fonds dominant ou avec la créance garantie (p. 666, 674).

vente se compose de deux actes juxtaposés. Si les Romains ajoutent au mot *emptio* le mot *venditio*, c'est que *emere* n'a pas par lui-même de sens technique *Emere* signifie prendre et convient aussi bien au louage qu'à la vente. Le *redemptor*, dit Festus, est un *conductor operis faciendi* Aussi a-t-on soin de qualifier le mot *emere* pour en préciser le sens. Cf Mommsen, *Sav Z*, V, 2, 65.

(1) Méla refuse de considérer les esclaves comme une marchandise, bien qu'ils puissent être vendus (Afr., *D.*, L, 16, 207) Un siècle plus tard, Pedius fait aussi aux esclaves une situation à part dans la vente, et la raison qu'il en donne est remarquable : *propter dignitatem hominum* (Paul., *D.*, XXI, 1, 44 pr.; cf. *D.*, XIV, 4, 1, 1). Labéon (*h. t.*, 34 pr.) contemporain de Mela, ignorait ces nuances

(2) Paul, *h. t.*, 1 pr.; Ulp., *D*, L, 16, 66 Anciennement, dit Paul *(loc. cit.)*, chacun, suivant ses besoins, échangeait ce qui lui était inutile contre une chose qui lui était utile. Il n'arrivait pas toujours ni facilement que vous, ayant ce que je désire, moi j'eusse ce dont vous aviez envie Alors on a fait choix d'une matière qui, étant revêtue d'un signe d'estimation par l'autorité publique, pût prévenir toutes les difficultés que présentait l'échange.

(3) Il n'y a dans les textes aucun exemple de vente à livrer, c'est-à-dire d'une vente ayant pour objet un genre, comme cent sacs de blé Les conventions de cette espèce devaient se produire sous forme de stipulation La vente consensuelle ne peut avoir pour objet qu'une *species*, par exemple une quantité à prendre dans une masse déterminée, cent mesures de blé à prendre dans mon grenier Cf Karlowa, II, 616 — Pour la vente des poisons, voir la distinction faite par Gaius (*h. t.*, 35, 2)

(4) Si la vente a pour objet une chose hors du commerce, la vente n'est pas nulle dans tous les cas comme la stipulation (p. 371, 7). L'acheteur de bonne foi (Cels.,

On a de très bonne heure admis la vente des choses futures, des fruits à venir par exemple. Il faut distinguer l'*emptio rei speratæ,* et l'*emptio spei :* la première est conditionnelle, sa perfection est subordonnée à la naissance de la chose (1). La seconde est un contrat aléatoire : celui qui achète ce qu'un pêcheur prendra dans un coup de filet, la succession qu'on pourra recueillir, est tenu de payer alors même que son espoir n'est pas réalisé (2). Mais la vente est nulle quand elle a pour objet une chose qui a péri au moment du contrat. Si la chose est seulement détériorée, l'acheteur de bonne foi a droit à une diminution du prix (3).

La vente peut avoir pour objet la chose d'autrui (4). C'est au vendeur à faire le nécessaire pour se la procurer, sinon, il devra indemniser l'acheteur du préjudice que lui cause l'inexécution de son engagement. Si la vente de la chose d'autrui n'est pas nulle, comme en droit moderne (C. civ. 1599), c'est qu'à Rome la vente n'est pas par elle-même translative de la propriété.

2. Prix. — La vente doit être faite moyennant un prix, sinon elle est nulle et déguise une libéralité (5). Le prix de vente doit être en argent (6). Anciennement, on exigeait que le prix fût déterminé *(certum);* c'est un souvenir de l'époque où la loi ne sanctionnait que des actes juridiques certains quant à leur objet sinon quant à leur fondement. Mais cette condition n'a pas été rigoureusement maintenue : je puis vendre au prix coûtant, ou pour la somme que j'ai dans mon coffre (7).

Les parties ont toute latitude pour fixer le prix; il ne leur est pas défendu de se circonvenir pour tâcher d'obtenir des conditions meilleures : s'il y a lésion pour l'une d'elles, elle n'a qu'à s'en prendre à son imprudence. Dioclétien accorde au vendeur d'immeuble la faculté

ap. Pomp., *h. t.*, 6 pr.) peut invoquer le contrat pour demander des dommages-intérêts (Lic. Ruf., *h. t.*, 70). Le vendeur ne peut alléguer qu'il ignorait lui-même la nature de la chose vendue : ce serait une faute dont il est responsable.

(1) Pomp., *h. t.*, 8 pr.; Jul., *h. t.*, 39, 1.

(2) Pomp., *h. t.*, 8, 1; Ulp., *D.*, XVIII, 4, 11. XIX, 1, 11, 18; cf. Cels., *eod.*, 12, 7.

(3) Paul, *h. t.*, 15 pr. Si la maison vendue était incendiée, on alléguerait vainement qu'il reste le sol. Paul, 57 pr,, 2.

(4) Ulp., *h. t.*, 28 : *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est.*

(5) Ulp., *h. t.*, 2, 1; 38; 36.

(6) Cette règle a été contestée par les Sabiniens, mais leur opposition était motivée par le désir d'étendre à l'échange la sanction de la vente; elle ne prouve nullement que jusqu'à cette époque la vente ait été confondue avec l'échange. L'opinion contraire des Proculiens (Gaius, III, 141; Paul, *h. t.*, 1, 1) a prévalu avant Dioclétien (*C.*, IV, 64, 7). Ils soutinrent avec raison qu'il était utile de maintenir dans une situation à part un contrat comme la vente qui était susceptible de rendre beaucoup plus de services, parce que l'argent facilite l'échange des valeurs. La question n'était pas encore résolue au milieu du IIe siècle : Julien (*h. t.*, 39, 1) cite la vente d'une récolte pendante d'olives moyennant un prix en denrées, *X pondo olei.* On a dit que la doctrine Proculienne avait prévalu au début du IIIe siècle, mais Paul, *D.*, XIX, 5, 5, 1, paraît avoir été remanié.

(7) Ulp., *h. t.*, 7, 1 et 2. Labéon et Cassius soutenaient que la fixation du prix ne pouvait être laissée à l'arbitrage d'un tiers, mais Ofilius et Proculus firent prévaloir l'opinion contraire. (Gaius, III, 140; Diocl., *C.*, IV, 64, 2.) La raison de douter venait de ce que le tiers pouvait refuser la mission qui lui était confiée, et dans ce cas il n'y aurait pas eu de prix. (Cf. Gaius, *D.*, XIX, 2, 25 pr.) Justinien (*Inst.*, III, 23, 1) a tranché la question en décidant que la vente serait conditionnelle.

de demander la rescision de la vente quand le prix est inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose. Il l'autorise à se faire rendre la chose, à moins que l'acheteur ne préfère payer le supplément du juste prix (1). Cette décision, donnée sans doute pour un cas spécial (2), a été généralisée par Justinien dans une pensée d'humanité : on a jugé utile de venir au secours du vendeur que la misère contraint à céder sa chose à vil prix (3).

3. Consentement. — L'accord des parties est requis en matière de vente comme pour tout autre contrat : s'il y a dissentiment sur l'un des éléments essentiels de la vente, le contrat ne se forme pas (4). Les parties doivent avoir la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir la chose moyennant un certain prix (5).

La question de savoir à quel moment précis la vente se forme est fort importante : les risques sont dès ce moment, indépendamment de toute tradition, à la charge de l'acheteur. La solution de cette question varie suivant l'objet ou les modalités du contrat : *a*) Lorsque la vente a pour objet un corps certain, elle est parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix ; *b*) Si la vente a pour objet une certaine quantité de choses à prendre dans une masse, la perfection du contrat est reportée au jour de la tradition (6) ; *c*) Si la vente est conditionnelle, il faut attendre que la condition soit accomplie. On considère comme telle la vente, à tant l'unité ou la mesure, de choses individuellement déterminées (7) ; *d*) Lorsqu'il est convenu que l'acheteur donnera des arrhes, la vente n'en est pas moins parfaite suivant les règles sus-énoncées; la remise d'arrhes très modiques n'est qu'un mode de preuve, le signe auquel on reconnaît que la vente est conclue (8) ; c'est aussi pour le vendeur une sorte de garantie que le solde du prix lui sera payé (9).

4. Règles du Bas-Empire. — Les règles classiques sur la perfection de la vente ont été modifiées au Bas-Empire, soit pour les ventes *cum scriptura*, soit pour les ventes avec arrhes.

Lorsque, suivant l'usage (10), les parties conviennent qu'un écrit sera rédigé, la formation du contrat est subordonnée à la souscription de l'acte par le tabellion et par les parties, ou par les parties seules si elles n'ont pas eu recours à un tabellion. Jusque-là il n'y a qu'un

(1) *C.* IV, 44, 2 et 8. Cf. C. civ. 1674, 1681. La lésion doit, aujourd'hui, être supérieure à 7/12.

(2) Les constitutions postérieures (*C. Th.*, III, 1, 2 ; 4 ; 7) semblent l'ignorer.

(3) La lésion de plus de moitié fut elle une cause de rescision dans les ventes de meubles? Cf. Zachariæ, *Sav. Z.*, IV, 49. Monnier, *N. R. H.*, XXIV, 181.

(4) Ulp., *h. t.*, 9 pr.

(5) Lab., *h. t.*, 80, 3. Dans quelques cas exceptionnels la vente d'une chose peut avoir lieu sans le consentement de celui à qui elle appartient (p. 80, 9 ; 247, 3 ; 672). Les terres, dont le propriétaire ne paye pas l'impôt, sont vendues par autorité de justice : Diocl., *C.*, IV, 46, 2.

(6) Gaius, *h. t.*, 35, 7. Il y a tradition lorsqu'on a séparé les choses matériellement ou par un signe qui permet de les reconnaître. Alex., *C.*, IV, 48, 2. Cf. Arno, *Arch. giur.*, LXVIII, 3.

(7) *H. t.*, 35, 5. Cf. pour la vente à l'essai, p. 124, 4 ; Ulp., *D.*, XVIII, 6, 1 pr., 1.

(8) Gaius, *h. t.*, 35 pr.

(9) Varr., *L. l.*, V, 175 ; Isidor., V, 25, 20. Cf. Senn, *N. R. H.*, XXXVII, 575.

(10) Leo, *C.*, VIII, 18, 11 ; Zeno, *C.*, VIII, 53, 31.

simple projet de vente; les parties peuvent se dédire impunément.

Lorsque dans une vente *cum scriptura*, l'acheteur a remis des arrhes, il en perd le montant s'il se dédit avant la perfection du contrat; si au contraire le vendeur se dédit, il doit payer à l'acheteur le double des arrhes qu'il a reçues. C'est là une innovation introduite par Justinien sous l'influence de la coutume des pays de civilisation hellénique (1) : les arrhes ne sont pas seulement un moyen de preuve, elles sont un moyen de dédit. La somme versée par l'acheteur est désormais une portion plus ou moins forte du prix (2).

Pour les ventes sans écrit, rien n'a été changé aux règles sur la perfection du contrat : la vente se forme *solo consensu*. Mais si l'acheteur a remis des arrhes, c'est une question de savoir si l'on doit les considérer comme un simple acompte sur le prix, ou comme un moyen de dédit (3). Ce serait là une grave innovation : en droit classique, les contrats une fois formés sont irrévocables. Mais ce principe n'a pas été rigoureusement maintenu par Justinien : le *jus pœnitendi* est admis dans quelques cas (4); peut-être l'a-t-il été dans la vente sans écrit (5).

§ 3. **Obligations du vendeur.** — Au IIe siècle, le vendeur doit mettre l'acheteur en possession et le garantir contre l'éviction (6).

1. Obligation de délivrance. — Le vendeur doit livrer la chose, en transférer la libre possession. L'acheteur doit pouvoir jouir de la chose, sans se trouver en conflit avec des personnes qui auraient obtenu contre le vendeur un envoi en possession même à titre conservatoire (7). Mais le vendeur n'est pas obligé de rendre l'acheteur propriétaire quiritaire (8).

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette proposition : les Romains ne nient pas que la vente ait pour but un transfert de propriété (9); ils n'exigent pas qu'elle ait effectivement ce résultat. Le vendeur doit faire tout ce qui dépend de lui pour rendre l'acheteur propriétaire, mais l'acquisition de la propriété n'est pas une condition de la validité de la vente (10). Cette règle avait de grands avantages :

(1) Scæv., *D.*, XVIII, 3, 6; 8. Carac., *C.*, IV, 54, 1; Just., *C.*, IV, 21, 17. Cf. Kübler, *Sav. Z.*, XXVIII, 174; XXIX, 183; Partsch, *Götting. Anz.*, 1911, p. 724. Mitteis, *Grundzüge*, 184. Neubauer, *Gesch. des Eheschliessungsrechts*, 1920, p. 135.

(2) En Égypte, elles ont parfois une valeur supérieure à la moitié du prix. Cf. Gradenwitz, *Einführung*, 81.

(3) Le doute vient de *Inst.*, III, 23 pr. qui, pour le cas où l'acheteur a donné des arrhes, rapporte une règle commune aux ventes sans écrit et aux ventes avec écrit. Or, dans la vente *cum scriptura*, la règle s'applique au contrat projeté, mais non encore parfait; il semble qu'il doive en être de même pour la vente sans écrit.

(4) Zeno, *C.*, IV, 65, 34. Cf. pour les contrats innommés, p. 507, 2.

(5) Cf. Collinet, I, 90. Cornil, *Sav. Z.*, 1928, XLVIII, 66.

(6) Paul, *D.*, XIX, 4, 1 pr., ajoute l'obligation de s'abstenir de tout dol, mais cette obligation n'est pas particulière à la vente ni même au vendeur : elle est de règle dans les contrats de bonne foi.

(7) Paul, *D.*, XIX, 1, 2, 1. Cf. Cic., *p. Tull.*, 17. Ulp., *D.*, XIX, 1, 13, 21.

(8) Jul., ap. Afr., *eod.*, 30, 1 : *Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat.* Ulp., *h. t.*, 34, 1.

(9) Labéon refuse le caractère de vente au contrat qui contient une clause exclusive du transfert de propriété (*h. t.*, 80, 3).

(10) Cette règle ainsi entendue n'a rien que de raisonnable : ce qu'on peut lui reprocher, c'est de ne pas aller droit au but. Mais il ne faut pas oublier qu'elle remonte à une époque où la vente était un acte étranger à la sphère du droit, où les parties ne pouvaient avoir en vue la transmission de la propriété quiritaire,

elle facilitait la circulation des biens dans une mesure que ne comportait pas la mancipation ou l'*in jure cessio;* elle rendait le contrat de vente accessible aux pérégrins; elle permettait de l'employer pour les choses qu'on avait *in bonis* et pour les fonds provinciaux ; elle dispensait le vendeur de justifier de son droit de propriété et le mettait, s'il était de bonne foi, à l'abri de toute réclamation pour une éviction possible, mais non réalisée. En somme, d'après cette règle, il suffit que l'acheteur soit, au moment du contrat, rendu supérieur à tous au possessoire, et non, comme en droit moderne, au pétitoire (1).

Cette règle ne fait nullement obstacle à l'accomplissement du but que les parties se proposent d'atteindre (2) : d'abord, elles peuvent convenir que la propriété sera transférée (3). Même en l'absence de cette convention, si la chose vendue est *mancipi*, comme la vente est un contrat de bonne foi, le vendeur ne peut, sans dol, refuser de la manciper (4). Si la chose est *nec mancipi* et appartient au vendeur, la tradition en transfère la propriété (5).

Lorsque le vendeur n'est pas propriétaire, on peut, s'il est de mauvaise foi, le poursuivre avant toute éviction : il a commis un dol en vendant sciemment la chose d'autrui à un acheteur de bonne foi; celui-ci se fera indemniser dans la mesure de l'intérêt qu'il avait à être rendu propriétaire (6). Si le vendeur est de bonne foi, l'acheteur est désarmé jusqu'à l'éviction : c'est là le seul cas où le vendeur peut utilement se défendre en disant qu'il n'est pas tenu de transférer la propriété (7). — Pour prévenir des fraudes trop fréquentes, Constantin exige que le vendeur affirme qu'il est propriétaire en prenant à témoin ses voisins (8).

Le vendeur doit livrer la chose (9) avec tous les accessoires existant au jour du contrat. Il doit compte également des accroissements postérieurs au contrat, des fruits qu'il a perçus, des loyers qu'il a tou-

puisqu'elles s'étaient dispensées des formes prescrites par la loi. Lorsque la vente devint un contrat reconnu par le droit civil, on aurait pu modifier la règle et simplifier la théorie, mais on eût sacrifié des avantages pratiques très appréciables : il n'en fallut pas plus pour décider la jurisprudence.

(1) Ner., Jul., ap. Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 13.

(2) L'acheteur acquiert la propriété alors même qu'il aurait cru, par erreur, que le vendeur n'était pas propriétaire (286, 4).

(3) Gaius, IV, 131; Paul., *D.*, XIX, 5, 5, 1. Celsus (*D.*, XII, 4, 16) incline à penser que la convention *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* n'est pas une vente. Ce texte n'est pas en contradiction avec les précédents : d'après Appleton (*Rev. gén.*, XXXVI, 540), s'il n'y a pas vente, c'est que la cause déterminante de la remise de l'argent a été le transfert de la propriété de l'esclave, et non pas seulement l'obligation de transférer. Il y a ici une question d'interprétation de volonté. Cf. sur ce texte qui a donné lieu à de nombreux essais d'explication, Appleton, 481.

(4) Paul., I, 13ª, 4. Certains auteurs considèrent l'obligation de manciper comme comprise dans l'obligation de livrer, mais Gaius IV, 131, les oppose l'une à l'autre.

(5) Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 2. Le texte original devait viser la mancipation aussi bien que la tradition, sans quoi Ulpien n'aurait pu dire que la tradition rend toujours l'acheteur propriétaire et que le vendeur est obligé à la garantie contre l'éviction. Cette obligation n'existe de plein droit qu'en cas de mancipation.

(6) Jul., ap. Afr., *eod.*, 30, 1. Cf. p. 466.

(7) Sev., Car., *C.*, VIII, 44, 3.

(8) *Vat. fr.*, 35. Cf. *Nov.*, 167. Zachariae, Ἀνέκδοτα, 276-278.

(9) Si le vendeur reçoit le prix et refuse de livrer, on considère, semble-t-il, comme accomplie la condition requise pour l'acquisition de la propriété, à moins

chés (1). Il doit aussi remettre les titres de propriété (2). Enfin le vendeur peut être tenu de certaines obligations accessoires en vertu de ses déclarations (3). Les dires du vendeur n'exigent aucune solennité (4).

L'obligation de délivrance entraîne l'obligation de conserver la chose jusqu'à la tradition. Le vendeur doit la conserver comme un bon père de famille (5). Son obligation ne va pas plus loin : il répond du dol et de la faute (p. 604), mais non des cas fortuits. Il en serait autrement, s'il s'était obligé à la *custodia* (6).

2. Les risques dans la vente. — Lorsque la chose vendue périt par cas fortuit avant la tradition, le vendeur est libéré de l'obligation de livrer : l'acheteur reste-t-il tenu de payer le prix ? Est-ce lui ou le vendeur qui supporte les conséquences de la perte ? C'est la *question des risques*. A Rome, les risques sont pour l'acheteur dès l'instant de la conclusion du contrat et avant toute tradition (7). Cette règle souffre une exception : lorsque la chose vendue a été confisquée, il aurait été inique de mettre à la charge de l'acheteur une perte motivée par un fait du vendeur; on l'autorise à se faire restituer le prix qu'il a payé, mais il ne peut demander des dommages-intérêts (8).

qu'il ne s'agisse de choses qui n'ont pas encore une individualité distincte. Pomp., *D.*, XIX, 1, 40.

(1) Ulp., *D.*, XIX, 1, 13, 13 et 31; Jav., 18; *Vat. fr.*, 15.

(2) Sev., Car., *C.*, VIII, 53, 1 : *emptionum instrumenta;* on y joint la quittance du prix payé par le vendeur lui-même (*CIL.*, III, p. 940, n° 7 : *apocatus;* cf. Appleton, *La clause* apochatum pro uncis duabus, 1904) à moins qu'il ne s'agisse d'une chose qu'il a acquise par-dessus le marché (*Sportellaria* : *CIL.*, 3, p. 937, n° 6). Cf. pour l'ancien droit Babylonien, Ed. Cuq, *Etudes sur les contrats*, 469.

(3) Les Douze Tables édictent la peine du double contre le vendeur qui ne se conforme pas à sa déclaration (Cic., *De off.*, III, 16) : il est puni comme un voleur. Dans la vente d'un fonds de terre, le défaut de contenance entraîne la peine du double. (Paul, I, 19, 1; II, 17, 4.) Cf. sur l'action *de modo agri*, Lenel, I, 221.

(4) Plaut., *Pœn.*, IV, 2, 74; *Pers.*, IV, 4, 40.

(5) Cette règle, formulée déjà par Alfenus (*D.*, XVIII, 6, 12), n'était pas acceptée par Labéon : à son avis, il suffisait que le vendeur conservât la chose comme il le faisait avant la vente (*D.*, XIX, 1, 54 pr.). Paul écarte cette manière de voir : le vendeur doit traiter la chose comme si elle était à autrui.

(6) Gaius, *h. t.*, 35, 4; Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 2; Gaius, *D.*, XVIII, 6, 2, 1. Paul, *eod.*, 3. Si la perte résulte d'un acte de violence, le vendeur qui s'est obligé à la *custodia* n'est tenu qu'à céder ses actions à l'acheteur. Ner., *D.*, XIX, 1, 31 pr. Si la chose a péri par le fait d'un tiers, le vendeur doit céder à l'acheteur l'action qu'il a acquise contre l'auteur du délit. *Inst.*, III, 23, 3, *in fine*.

(7) Dans son abrégé du Dig. d'Alfenus, Paul (*D.*, XVIII, 6, 13), dit : *Emptoris periculum esse placet.* La règle remonte certainement au temps d'Alfenus (*ibid.*, 12); cf. Proc., ap. Paul, *eod.*, 8; Jul., *D.*, XVIII, 5, 5, 2 : *Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat;* Afr., *D.*, XLVI, 3, 39; Ulp., *D.*, XLVIII, 24, 11, 12; XLVII, 2, 14 pr.; Alex., *C.*, IV, 48, 1; Gord., *eod.*, 4; Diocl., 6. *Inst.*, III, 23, 3. Il y a, il est vrai, quelques textes qui paraissent indiquer une solution contraire; mais, comme ces textes appartiennent à des jurisconsultes dont l'opinion conforme à la doctrine générale nous est connue, il faut bien les expliquer par une circonstance particulière à l'espèce. Paul (*D.*, XVIII, 6, 13; 15 pr.) met les risques à la charge du vendeur dans le cas où des lits vendus ont été déposés sur la voie publique avant la tradition et détruits par ordre de l'édile : il y a ici une faute imputable au vendeur. Il suppose ensuite que des matériaux vendus ont été volés avant la tradition : la perte, dit-il, est pour le vendeur. Mais il s'agit d'un cas où la vente ne devient parfaite qu'au moment de la tradition, par une marque apposée sur les matériaux.

(8) Afr., *D.*, XIX, 2, 33. Cujas s'était fondé sur ce texte pour soutenir que la chose vendue périt pour le propriétaire; il a plus tard abandonné cette opinion.

La solution, donnée par la législation romaine à la question des risques dans la vente, a été critiquée. Elle ne peut, dit-on, se justifier ni en fait ni en droit : en fait, il est contraire à l'équité de faire supporter la perte à l'acheteur avant que le contrat ait reçu son exécution, et cela au profit du vendeur qui a conservé la propriété. En droit, la vente est un échange de promesses : si l'une d'elles ne peut être exécutée sans la faute du débiteur, l'autre doit s'éteindre corrélativement. Maintenir l'une, alors que l'autre n'existe plus, serait d'ailleurs contraire à la bonne foi qui sert de critérium pour l'interprétation du contrat.

Ces objections sont exactes en théorie, mais il est vraisemblable que les Romains se sont placés à un point de vue différent et qu'il y a ici un vestige de l'époque où la vente au comptant était seule en usage (1). En principe tout doit se passer comme si la vente avait été réalisée lors de sa conclusion. Si la tradition a été différée, et que la chose ait péri sans qu'il y ait dol ou faute de la part du vendeur, il est libéré (2). Cette libération n'a aucune influence sur la situation de l'acheteur; il ne peut se prévaloir du cas fortuit pour refuser de tenir son engagement. La bonne foi ne commande pas de le dégager de son obligation (3) : ce serait aggraver la responsabilité du vendeur. La question des risques n'est qu'une question de responsabilité, comme celle du dol ou de la faute contractuelle (4) : le vendeur ne répond pas des cas fortuits, à moins qu'il ne soit en demeure, c'est-à-dire en faute.

Les Romains ont d'ailleurs atténué de diverses manières ce que la solution adoptée peut avoir de rigoureux. D'abord, et à titre de compensation, l'acheteur profite de tous les avantages de la chose dès l'instant du contrat (5). Puis, en cas de vente conditionnelle, la perte

(1) Cf. SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 196 On a proposé une autre explication : cette règle remonterait à une époque où les obligations nées de la vente étaient indépendantes l'une de l'autre (DERNBURG, II, 39; CORNIL, *N. R. H.*, XXV, 150) et résultaient de deux contrats distincts de stipulation. (GIRARD, 549) Cette explication repose sur une hypothèse dont l'exactitude est contestable. Les Romains ont eu pleinement conscience de l'unité de la vente et par suite de la connexité qui existe entre les obligations des deux parties. Un fragment de Labéon (*D.*, XIX, 1, 50) en fournit la preuve : *Bona fides non patitur ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret.* Le vendeur n'est pas tenu de livrer la chose lorsque l'acheteur est dispensé de payer par la faveur de la loi. Il y a ici une corrélation parfaite entre les deux obligations. Mais si le vendeur est libéré, ce n'est pas parce que l'exécution de l'une des obligations est la condition de l'exécution de l'autre. C'est, dit Labéon, parce que l'acheteur commet un acte de mauvaise foi en réclamant le bénéfice d'une loi faite pour les débiteurs obérés. Il s'agit ici d'une loi accordant une remise de dettes aux emprunteurs. — On remarquera que l'acheteur de bonne foi usucape *pro emptore* et non *pro soluto* (PAUL, *D.*, XLI, 3, 48); la prestation effectuée par le vendeur n'est donc pas considérée comme l'acquittement d'une obligation. La bonne foi est requise, non seulement lors de la tradition comme dans l'usucapion *pro soluto*, mais aussi lors du contrat (p. 286, 8).

(2) *Inst.*, III, 23, 3 : *In eo venditor securus est.*

(3) ALEX., *C.*, IV, 24, 6, applique ce principe au contrat de gage.

(4) ULP., *D.*, XIII, 6, 5, 2.

(5) On a dit que la règle romaine conduit à un résultat choquant dans deux cas : 1° Lorsque le propriétaire d'une chose l'a successivement vendue à deux personnes; si la chose périt fortuitement, il aura le droit de se faire payer par chacun des acheteurs et touchera deux fois le prix de sa chose. Mais on oublie que s'il est de

totale est aux risques du vendeur (1). Il en serait autrement, si la perte n'était que partielle : les risques resteraient à la charge de l'acheteur (2). Même solution pour la vente de choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Si la vente a pour objet une certaine quantité de choses à prendre dans une masse, la vente n'est plus traitée comme conditionnelle : l'acheteur ne supporte aucun risque jusqu'à la livraison (3).

3. Garantie contre l'éviction. — Le vendeur est obligé à garantir l'acheteur soit contre l'éviction, soit contre les vices cachés de la chose. (C. civ. 1625.) Cette double obligation découle du contrat de vente, mais il n'en a pas toujours été ainsi.

a) L'action auctoritatis. — Pendant longtemps, le vendeur ne fut pas tenu, par le seul effet du contrat, de garantir à l'acheteur la possession de la chose. La garantie n'était due que si la vente avait été réalisée par une mancipation; l'acquéreur évincé avait contre le mancipant une action au double, l'action *auctoritatis*. Pour assurer l'exécution du jugement, le vendeur était tenu de fournir des cautions *(vades)*. Lorsque les effets rigoureux du *vadimonium* le firent délaisser par la pratique, on remplaça les *vades* par des *sponsores* ou des *fidepromissores* : mais comme ceux-ci ne pouvaient accéder qn'à une obligation verbale, l'acheteur devait stipuler du vendeur qu'il payerait le double conformément à la mancipation qui venait d'être effectuée. Cette stipulation garantie par des cautions est la *satisdatio secundum mancipium* (4). A l'époque classique elle est devenue facultative (5). Elle a disparu sous Justinien (6) avec la mancipation et l'action *auctoritatis* (7).

b) Les stipulations de garantie. — Après l'introduction de la vente consensuelle, lorsqu'on livrait une *res mancipi* sans la manciper, on prit l'habitude de joindre à la vente une stipulation destinée à garantir à l'acheteur la possession de la chose. Cette stipulation fut conçue de manière à procurer le même avantage que si l'on avait eu recours à la

mauvaise foi, il encourt la peine du faux (Hadr., ap. Paul, *D.*, XLVIII, 10, 21); 2° Lorsqu'on a vendu la chose d'autrui, le vendeur touchera le prix bien qu'il n'ait rien déboursé pour se procurer la chose. Cette assertion n'est pas exacte dans sa généralité : si la chose a péri par le fait d'un tiers, le vendeur ne peut se faire payer par l'acheteur qu'en lui cédant ses actions contre l'auteur du délit; or cette cession n'est pas possible quand le vendeur n'est pas propriétaire. Si la chose a péri par tout autre cas fortuit, il est douteux que celui qui a vendu de mauvaise foi la chose d'autrui puisse se faire payer : l'acheteur, qui aurait un recours contre lui si la chose subsistait encore, paraît fondé à lui reprocher sa mauvaise foi et à se dispenser de payer si la chose a péri.

(1) *C.*, IV, 48, 2. Cf. C. civ. 1182.

(2) P. 397, 9. Ulp., *D.*, XXIII, 3, 10, 5.

(3) Gaius, *h. t.*, 35, 5 et 7. Cf. C. civ. 1585.

(4) Cic., *ad Att.*, V, 1; *CIL*, II, 5042. Cf. Lenel, II, 293. Cette satisdation servait peut-être aussi à modifier les conditions d'exercice de l'action en garantie (éviction partielle, dispense de dénonciation). Jul., *h. t.* [*D.*, XXI, 2], 43 pr.; Paul., 53 pr., 1, se rapportent vraisemblablement à cette satisdation.

(5) Ulp., *h. t.*, 4 pr.; Paul., 56 pr. : *Non ut vulgus opinatur, satisdare debet.*

(6) Les textes classiques qui s'y rapportent ont été interpolés : dans Jul., *h. t.*, 40, les compilateurs ont remplacé *secundum mancipium* par *de evictione.*

(7) Cf. sur l'interpolation des textes relatifs à l'action *auctoritatis*, Lenel, II, 290. Les compilateurs ont supprimé *auctoritas* ou l'ont remplacé par *evictio* ou *de evictione stipulatio* ou *actio* : Jul., *h. t*,. 39; Paul., 9.

mancipation : c'était une stipulation du double (1). L'indemnité à payer à l'acheteur en cas d'éviction était fixée au double du prix d'achat : on n'avait pas à s'occuper de la plus-value acquise par la chose ou de la dépréciation qu'elle avait subie après la vente.

La situation de l'acheteur qui a reçu tradition d'une *res mancipi* n'est d'ailleurs pas de tout point identique à celle de l'acquéreur par mancipation : d'abord, on peut stipuler plus ou moins que le double ; puis, ce n'est pas, comme pour la mancipation, le défaut d'assistance, c'est l'éviction qui donne droit au double ; encore faut-il que cette éviction ait pour effet d'empêcher l'acheteur d'avoir la chose. L'idée de préjudice apparaît dans la stipulation du double, sans toutefois être le fondement direct de l'obligation, car on ne tient compte que d'un préjudice résultant de l'éviction.

Lorsque la vente avait pour objet une *res nec mancipi*, le vendeur promettait simplement d'indemniser l'acheteur du préjudice que lui causerait l'éviction : c'est la stipulation *rem habere recte licere* (2). Ici, l'indemnité varie d'après l'importance du préjudice au jour de l'éviction et suivant l'appréciation du juge.

Ces deux stipulations ne diffèrent pas seulement par leur résultat : elles se distinguent aussi quant aux conditions requises pour qu'on puisse s'en prévaloir. En cas de stipulation du double, deux conditions sont exigées pour que la peine soit encourue.

L'acheteur doit être dépossédé ; il faut donc qu'il ait reçu tradition (3). Si l'acheteur qui a succombé en justice a payé la *litis æstimatio* pour garder la chose, il n'en a pas moins le droit d'exiger la peine du double, car s'il a la chose, ce n'est pas en vertu de la vente, c'est en raison du sacrifice pécuniaire imposé par le juge (4).

Il faut que l'acheteur soit dépossédé en vertu d'un jugement. L'éviction implique une défaite judiciaire : elle suppose un procès (5). Sans procès, pas d'éviction. Ce procès est généralement un procès en revendication intenté contre l'acheteur (6) ; ce peut être également un procès intenté par lui (7). Peu importe que ce soit lui qui succombe ou ses ayants-cause à titre universel. Mais ses ayants-cause à titre particulier ne peuvent en principe se prévaloir de la stipulation qu'il a faite avec le vendeur : cette stipulation est pour eux *res inter alios acta*. Aussi était-il d'usage de compléter la stipulation du double par une clause destinée à assurer un recours aux ayants-cause à titre particulier de l'acheteur.

L'acheteur, qui est évincé par son imprudence, perd tout droit à la garantie (8). S'il est menacé d'éviction, il doit, en temps utile, dénoncer

(1) Elle était usitée au temps de Varron (*R. r.*, II, 10, 5) pour les ventes d'esclaves. On pouvait convenir de ne payer que le simple (Plaut., *Curc.*, IV, 2, 1).
(2) Ulp., *D.* XLV, 1, 36 pr. L'usage de cette stipulation est bien antérieur à Varron qui cite (*R. r.*, II, 2, 5) une vieille formule empruntée sans doute à Manilius.
(3) Cels., *D.*, XXI, 2, 62 pr. ; Marcel., 61.
(4) Pomp., *h. t.*, 16, 1. Jul., ap. Ulp., 21, 1 et 2.
(5) Afr., *h. t.*, 24 ; Paul., *D.*, III, 3, 19, 3.
(6) Pomp., *h. t.*, 34, 1 et 2 ; Paul. 35 ; Mod., 63 ; Jul., 39 pr. ; Pap. ; 66, 1.
(7) Pomp., *h. t.*, 16, 1 *in fine*.
(8) Ulp., *h. t.*, 55 pr. ; Paul, 53, 1 ; Pomp., 29, 1. Il en est de même s'il perd son

au vendeur le procès qui lui est intenté (1). Si la dénonciation n'a pu avoir lieu, en raison de la fuite ou du dol du vendeur, l'acheteur n'en conserve pas moins son recours (2).

L'acheteur ne peut se dire évincé que si le jugement lui refuse tout droit sur la chose ; dans ce cas seulement la peine est due aux termes de la stipulation. En prévision d'une éviction partielle, on doit avoir soin de joindre à la stipulation du double une clause spéciale de garantie (3). L'acheteur évincé partiellement obtient une part de la peine stipulée proportionnelle à la valeur vénale de la partie évincée par rapport au prix total (4).

En cas de stipulation *rem habere recte licere,* le vendeur promet que la chose restera à la disposition matérielle de l'acheteur. Si l'acheteur ne conserve la chose qu'en vertu d'un titre nouveau d'acquisition, pourvu qu'il soit à titre gratuit, il ne peut rien réclamer, car il n'a pas d'intérêt pécuniaire. Mais s'il vient à être dépossédé même temporairement, il a le droit d'exiger l'exécution de la promesse (5).

Les stipulations de garantie étaient d'un usage si fréquent (6) qu'on

procès par l'injustice ou l'erreur du juge. (Pap., *Vat. fr.*, 10; Ulp., *h. t.*, 51 pr.; Alex., *C*, VIII, 44, 8; Philip., *eod*, 15.) C'est là une décision singulière et peu compatible avec le respect dû à la chose jugée.

(1) Pomp., *h. t.*, 29, 2. Paul., *loc. cit.*; Alex., *C.*, VIII, 44, 8.

(2) Paul., *h. t.*, 56, 5 et 6.

(3) Paul, *h. t.*, 56, 2. Cette clause ne s'applique pas au croît d'un animal : l'acheteur ne peut dire qu'il a été évincé d'une partie de la chose (Jul., *h. t.*, 43). La clause s'applique au cas où un tiers fait judiciairement reconnaître qu'il a sur la chose vendue une servitude personnelle. En principe l'usufruit n'est pas traité comme une partie de la propriété : cependant comme l'acheteur est privé de quelques-uns des avantages les plus précieux du droit de propriété, on l'autorise à agir en garantie (Gaius, *h. t.*, 49). Il en est de même des droits d'usage, d'habitation, de superficie, qui diminuent d'une façon plus ou moins notable la jouissance de l'acheteur (Ulp., *D.*, XLV, 1, 38, 3.) — Quant aux servitudes prédiales, il n'y a éviction que si le fonds a été vendu *uti optimus maxumus* (Ner., *h. t.*, 48) ou lorsqu'on a promis l'absence de telle servitude. Dans tout autre cas, l'acheteur est sans recours contre le vendeur (Cels., *D*, XVIII, 1, 59) : on ne peut pas dire qu'il est privé de la chose, même en partie. Vainement a-t-on proposé de distinguer entre les servitudes apparentes et non apparentes : cette distinction consacrée par l'art. 689 C. civ., est étrangère au droit romain; elle est fondée sur une interprétation inexacte de Venul., *h. t.*, 75. Les mots *si tacite secutæ sunt, quod tacite soleat accedere*, désignent les servitudes que l'acheteur est obligé de subir parce que le vendeur, par son silence (*tacite*), ne s'est pas engagé à livrer un fonds libre de toute servitude. Cf. Labbé, *De la garantie*, nos 14-17. — Dans l'Egypte romaine, certains actes du VIe siècle contiennent cette clause : la maison ou la cour est vendue depuis le sol jusqu'au ciel, ἀπὸ ἐδάφους ἕως ἀέρος. *P. Munich*, 11, l. 17; 13, l. 58. Cf. Ed. Cuq, *Une statistique de locaux affectés à l'habitation*, p. 23.

(4) Pap., *h. t.*, 64. Cf. C. civ. 1636, 1637.

(5) Gaius, *h. t.*, 57, 1. La stipulation *rem habere licere* garantit l'acheteur contre le fait du vendeur et de ses héritiers. L'acheteur peut-il s'en prévaloir quand il a été dépossédé par un tiers? C'est surtout contre les tiers qu'il a besoin d'être protégé : il n'est guère à craindre que le vendeur, une fois payé, ose le troubler dans sa possession. Si notre stipulation n'avait eu cette portée, on ne comprendrait guère que la formule de Manilius (Varr., *R. r.*, II, 3) eût été accueillie par les praticiens. La raison de douter vient de la règle qu'on ne peut promettre le fait d'autrui. Mais il dépendait des parties de rendre valable cette promesse en y joignant une clause pénale. (Ulp., *D.*, XLV, 1, 38 pr., 2.)

(6) Cf. les triptyques de Transylvanie (*C. I. L.*, III, p. 941); *P. Berlin*, 455, du British Museum (*Rev. Arch.*, XXVIII, 271). En Egypte, l'usage remonte au temps des Ptolémées (Cf. Mitteis, *Grundz.*, 190); il subsistait au Ve siècle (*Bull. dir. R.*, XIV, 93, de l'an 454) et sous Justinien (J. Maspero, *P. Caire*, 67097, ro l. 73. 74). En Chaldée, la clause de garantie contre l'éviction se rencontre de très bonne heure dans les ventes d'immeubles; elle est aussi insérée dans les ventes de meubles et

finit par les considérer comme obligatoires. Le vendeur, qui lors du contrat n'a pas promis la garantie contre l'éviction, ne peut, sans commettre un dol, se refuser par la suite à contracter cet engagement : l'acheteur a le droit de l'y contraindre en exerçant l'action *empti* (1). Si par erreur il a stipulé le simple au lieu du double, il obtiendra par l'action *empti* qu'on lui promette la différence ; s'il fait tout ce qui est exigé pour la stipulation, il pourra directement réclamer par l'action *empti* cette différence (2). C'est l'application de la règle : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (3).

Le vendeur n'est pas toujours tenu de promettre le double : il n'y est obligé que dans les pays où cette stipulation est en usage (4), dans les ventes volontaires et seulement pour les objets de valeur (5). Dans tout autre cas, il doit promettre *rem habere recte licere*. L'obligation de faire l'une ou l'autre promesse existait dès le règne de Trajan (6).

Si le vendeur qui n'a rien promis lors du contrat peut, après coup, être obligé à la garantie, à plus forte raison doit-on tenir pour valable le pacte adjoint *in continenti* à la vente : ce pacte est sanctionné par l'action du contrat (7). Mais, déjà, une doctrine plus radicale se fait jour à la fin du Ier siècle : Javolenus enseigne que le vendeur est tenu de plein droit à la garantie (8). Cette opinion ne tarda pas à prévaloir (9).

c) *L'obligation de garantie*. — Désormais, la garantie est de la nature de la vente : le vendeur est tenu, indépendamment de toute stipulation, de garantir l'acheteur contre l'éviction ; cette obligation est sanctionnée par l'action *empti* (10).

dans les actes d'échange. Cf. Ed. Cuq, *Etudes sur les contrats de l'époque de la première dynastie Babylonienne*, 1910, p. 475. La garantie contre l'éviction est obligatoire dans les ventes d'esclaves, depuis Hammourabi (a. 279).

(1) Nerat., ap. Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 8.

(2) *Ibid.*, *h. t.*, 37, 2. Si l'on a omis de fixer le quantum de la prestation imposée au vendeur en cas d'éviction, on ne peut lui réclamer que le simple, ce qui, conformément à la nature de l'action *empti*, comprend la réparation du préjudice causé à l'acheteur. Jav., *h. t.*, 60.

(3) Ulp. *D.*, XXI, 1, 31, 20.

(4) Dans l'Égypte romaine, le vendeur promettait, en cas d'éviction, de payer le triple (*P. Caire* Maspero, 67097, r°, l. 68-69, du VIe siècle ; cf. Ulp. *D.*, XLIX, 14, 5 pr.), le quadruple (*P. Lond.*, III, p. 258, 21 du VIe siècle ; cf. Paul., *h. t.*, 56 pr.) ou le quintuple du prix (*P. Lond.*, II, p. 179, 16 de l'an 68), plus le double des frais faits à l'occasion de la chose (*P. Berlin*, 193 ; 1123 ; *P. Lond.*, II, 289, 293) et des dépenses utiles et même voluptuaires (*P. Caire*, *l. c.* : τὰ εἰς βελτίωσιν τούτου καὶ καλλιέργειαν), sans compter une amende d'une valeur égale, au profit du fisc (*P. Amherst*, II, 95 ; *P. Leipzig*, 3 ; *P. Lond.*, III, 1158). La loi Romaine n'admettait pas que le *quanti interest* fût doublé ; on le calculait d'après la règle citée p. 466, 2.

(5) Ulp., *h. t.*, 37, 1.

(6) Les fragments précités de Neratius en sont la preuve.

(7) Jul., ap. Ulp. *D.*, XIX, 1, 11, 18 ; cf. Pap., *Vat. fr.*, 8 et 17 ; Paul., *h. t.*, 56 pr. Diocl., *C.*, III, 38, 7. Cf. p. 510.

(8) *D.*, XLI, 3, 23, 1 : *Si columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum*. Cette doctrine n'était que le développement d'une idée émise par Labéon, à propos de l'éviction d'un objet légué *in genere* et livré par l'héritier : *Non videtur heres dedisse quod ita dederat ut habere non possis* (*D.*, XXXII, 29, 3). Cette idée fut appliquée à l'éviction en matière de vente : *ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur* (Pomp., *D.*, XIX, 1, 3 pr.).

(9) Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 14. Cf. *ibid.*, 11, 15 ; 37 pr. — C. clv. 1625 1640.

(10) Elle est aussi sanctionnée par l'exception *rei venditæ et traditæ* lorsque l'acheteur est menacé d'éviction par son vendeur ou ses héritiers (p. 278).

Cette innovation eut pour résultat de rendre inutile la stipulation *rem habere licere* qui ne ferait obtenir rien de plus. Aussi les textes relatifs à cette stipulation sont-ils très rares. La stipulation du double, au contraire, conserva une partie de son utilité et resta en usage; mais comme elle est désormais, dans certaines ventes, une conséquence naturelle du contrat, il n'est pas toujours nécessaire de la faire d'avance : l'acheteur peut l'exiger, suivant son intérêt, même après l'éviction, dans les ventes qui en comportent l'application. L'action née de la stipulation diffère de l'action *empti* par son résultat pécuniaire et par ses conditions d'exercice.

Elle fait obtenir le double du prix de vente, quel que soit le dommage causé par l'éviction; c'est un forfait (1). Par l'action *empti*, l'acheteur obtient la réparation de tout le dommage qu'il a subi et qu'on apprécie au jour du jugement (2). Mais si la plus-value est considérable et que le vendeur soit de bonne foi, Justinien autorise le juge à modérer la condamnation (3). — L'acheteur ne peut se prévaloir de la stipulation que s'il est évincé, au moins en partie. Cette condition n'est pas exigée pour l'action *empti* : l'acheteur de bonne foi peut, avant toute éviction, poursuivre celui qui lui a vendu sciemment la chose d'autrui. L'acheteur peut aussi exercer l'action *empti* dans des cas où l'éviction est impossible (4). D'une manière générale, il suffit qu'il ne conserve pas la chose en vertu du contrat, ou qu'il subisse un préjudice quelconque. Si la chose a péri par cas fortuit avant l'éviction, le vendeur n'en reste pas moins tenu de son dol (5).

L'obligation de garantie peut être réduite du double au simple par une convention spéciale, dans le cas où la stipulation du double est

(1) Au Bas-Empire, il n'en est pas toujours ainsi : d'après un papyrus d'Antinoë, la stipulation du double comprend les accessoires. *Bull. dir. R.* XIV, 112, 118.

(2) On y comprend le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, les accessoires de la chose, le part des esclaves et le croît des animaux, les fruits que l'acheteur doit rendre au propriétaire (Jul., *h. t.*, 8), les impenses faites pour l'amélioration de la chose (Alex., Diocl., *C.*, VIII, 44, 9; 16) lorsqu'il ne peut les réclamer au revendiquant. (Paul, *D.*, XIX, 1, 45, 1.)

(3) Paul, *l. c.*, 43; Jul., ap. Afr., *eod.*, 44. Textes interpolés par application de *C.*, VII, 47, 1. Ce tempérament d'équité n'a pas été reproduit par C. civ., 1633, qui oblige le vendeur à indemniser l'acheteur de la totalité du préjudice causé par l'éviction. A l'inverse, si la chose a diminué de valeur depuis la conclusion du contrat, l'acheteur n'obtient qu'une somme inférieure à celle qu'il a payée (Paul, XXI. 2, 70; Pap., 66, 3 *i. f.*). Le vendeur profite de la différence, s'il a été de bonne foi: sinon l'acheteur peut se faire indemniser dans la mesure où il avait intérêt à ne pas être trompé, c'est à dire pour une somme égale au prix qu'il a payé. Il en est autrement en droit français : l'art. 1630 C. civ. permet à l'acheteur de réclamer dans tous les cas la restitution du prix. C'est le résultat d'une double différence qui sépare le droit français du droit romain : la vente de la chose d'autrui est nulle, art. 1599 ; les contrats sont résolubles pour inexécution de la part de l'une des parties, art. 1184. La règle romaine se justifie de la manière suivante : celui qui vend une chose avec garantie court, en cas d'éviction, le risque de payer des dommages-intérêts supérieurs au prix; il n'est pas injuste qu'il ait la chance de conserver l'excédent du prix sur le dommage. (Paul, *D.*, XIX, 1, 45 pr.).

(4) Lorsqu'il a acquis la chose du véritable propriétaire par succession (Paul, *h. t.*, 41 pr., 1), donation, legs (Ulp. *D.*, XIX, 1. 13, 15), ou achat. Nerva permettait au vendeur de la chose d'autrui de se faire payer le prix; cette opinion fut écartée. Pomp., *h. t.*, 29 pr.

(5) Ulp., *h. t.*, 21 pr.

usitée (1). Elle peut être écartée par une clause expresse (2), mais le vendeur reste tenu de son dol (3).

4. Garantie contre les vices rédhibitoires. — On entend par là des vices qui rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée et que l'acheteur n'a pas connus (4). On ne tient compte ni des vices postérieurs à la vente, ni de ceux qui sont insignifiants ou si apparents que l'acheteur n'a pu s'y tromper.

A l'origine, le vendeur n'était pas tenu de garantir l'acheteur contre les vices de la chose ; mais il pouvait s'y obliger sur stipulation (5). Cette stipulation, d'abord facultative, fut rendue obligatoire pour les ventes d'esclaves (6).

a) L'édit des édiles. — Cet édit comprend deux chapitres relatifs, l'un à la vente des esclaves, l'autre à la vente des bêtes de somme. Les ventes conclues dans les marchés étaient soumises dans certains cas à une réglementation spéciale. En général, c'est à l'acheteur de se rendre compte de ce qu'il achète : s'il se trompe sur les qualités de la marchandise vendue, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. Mais il y a certaines catégories de marchandises dont il n'est pas facile, dans un examen toujours un peu superficiel, d'apprécier les défauts : les esclaves, les bestiaux, peuvent être atteints de maladies, avoir des vices cachés, qu'on ne découvre qu'à l'user. Il y en a même que l'examen le plus minutieux ne saurait révéler : si l'esclave a été volé, s'il a commis un délit sans que la victime ait reçu une réparation. Dans tous ces cas, l'acheteur court le risque de ne pas recevoir l'équivalent de ce qu'il donne ; à bien des égards, il est dans un état d'infériorité par rapport au vendeur, surtout lorsque celui-ci fait profession de vendre cette sorte de marchandise. Les marchands d'esclaves *(mangones, venalicii)* étaient des gens d'une moralité douteuse, habiles à dissimuler les défauts de ce qu'ils mettaient en vente.

Les édiles curules, chargés de la police des marchés, prirent des mesures pour protéger les acheteurs : le vendeur est tenu de faire connaître, par un écriteau *(titulus)* pendu au cou de l'esclave, sa nationalité, les maladies et défauts qu'il peut avoir, si c'est un esclave fugitif, vagabond, s'il a commis un délit dont il n'a pas été fait réparation, s'il est présenté pour la première fois sur le marché (7). — Il est tenu, lors de la vente, de renouveler verbalement ces énonciations. — Il doit, sauf convention contraire (8), promettre sur stipulation de garantir

(1) Dans les ventes d'esclaves, le vendeur est en outre tenu de promettre l'absence de tout vice. Cf. papyrus du Bristish Museum (*l. c.*) ; de Berlin (*l. c.*, l. 27-33) ; de Genève (*Rev. philol.*, XX, 19). *C. I. L.*, III, p. 937, 939, 941.

(2) *Simplaria venditio* : *Syr. röm. Rechtsbuch*, 207 ; Pomp., *D.*, XXI, 1, 48, 8. *C. I. L.*, II, 5042. Cf. Ulp., *h. t.*, 37 pr. ; Paul, 56 pr. ; cf. C. civ. 1627-1629.

(3) Scæv., *h. t.*, 69, 5 ; Pomp., *D.*, XIX, 1, 6, 9. Julien (ap. Ulp., *eod.*, 11, 18) pensait que le vendeur devait dans tous les cas rendre le prix.

(4) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXI, 1], 10 pr. ; 1, 8 ; 14, 10. Pap., 54. Cf. C. civ. 1641-1649.

(5) Cette stipulation apparaît au VIe siècle. Plaut., *Curc.*, IV, 2, 4 ; V, 2, 67 ; 3, 31.

(6) Le texte de l'édit *de mancipiis vendundis* a été conservé au Digeste (XXI, 1, 1, 1) avec les additions et corrections postérieures.

(7) Gell., IV, 2. Cf. Marquardt, XIV, 201. D'ordinaire l'écriteau indiquait simplement son âge et sa profession. (Suet., *De gr.*, 4 ; Plin., *Ep.*, V, 19.)

(8) Dans ce cas, il était d'usage d'avertir l'acheteur en coiffant l'esclave du *pileus*. (Gell., VII, 4.) Cf. Ed. Cuq, *Comptes rendus Acad. Inscr.*, 1913, p. 541, 5.

l'acheteur au simple contre les vices non déclarés lors de la vente (1), et au double contre l'éviction (2).

Un second édit des édiles *(de jumentis vendundis)* a réglementé la vente des bêtes de somme (chevaux, ânes, mulets); il a été plus tard étendu aux animaux de trait (bœufs) et à toute espèce de bétail *(pecus)*. Le vendeur est tenu de déclarer les maladies ou vices cachés ; de livrer les ornements dont les animaux sont revêtus lors de la vente (3).

L'édit sur la vente des esclaves est bien antérieur à Cicéron (4). Ses dispositions dénotent un état du droit très différent de celui qui existait à la fin du VIIe siècle (5) : leur forme impérative (6), l'obligation de faire connaître à haute voix les défauts de l'esclave, la fixation à forfait du montant de la peine, l'attribution de cette somme à l'acheteur lors même qu'il n'a subi aucun préjudice, la punition de la contravention sans égard à la bonne foi du vendeur.

Dès le début du VIIe siècle, la règle qui oblige le vendeur à déclarer les vices cachés de la chose fut étendue par la jurisprudence aux ventes d'immeubles (7); mais on fit exception pour le vendeur de bonne foi. Il est donc vraisemblable que l'édit remonte au VIe siècle (8). — L'édit sur la vente des bêtes de somme existait bien avant Labéon, car de son temps on l'avait étendu à toute espèce de vente. L'acception étroite donnée au mot *jumenta* (9) prouve qu'il date d'une époque assez ancienne où les bœufs n'étaient pas d'une vente courante sur les marchés de Rome.

b) *Les actions édiliciennes.* — D'après l'édit sur la vente des esclaves, tout contrevenant est passible d'une peine; il en est de même en cas

(1) Cette clause n'existait vraisemblablement pas dans l'édit primitif. Elle n'a pas été appliquée aux ventes de bétail. Ce n'est plus une mesure de police; c'est une règle destinée à sauvegarder l'intérêt de l'acheteur. Les actions édiliciennes sont ici détournées de leur but normal. La stipulation du double était d'ailleurs inutile dans les ventes par mancipation, où l'on avait de plein droit l'action *auctoritatis*.

(2) Ces deux stipulations étaient réunies dans une formule proposée par les édiles. (ULP., *h. t.*, 31 *in f.*; 32 pr.; 37, 1.) On donnait à l'ensemble le nom de *stipulatio duplæ*, bien que la première fût une stipulation du simple. Cf. VARRO, *R. r.*, II, 10, 5 ; triptyques de Transylvanie : *C. I. L.*, III, p. 941.

(3) *H. t.*, 38 pr., 4-6.; 38, 14.

(4) *De off.*, III, 17 ; SERV. ap. GELL., IV, 2.

(5) Ulpien (*h. t.*, 10, 1) invoque l'autorité de Caton pour l'interprétation du mot *morbosus* contenu dans l'édit. On a objecté que Caton a pu expliquer ce mot à propos des stipulations de garantie, mais Aulu-Gelle (IV, 2) atteste que la difficulté d'interprétation du mot *morbosus* a été examinée par les *Veteres* à propos de l'édit : *Propterea quæsierunt jureconsulti veteres quod mancipium morbosum quodve vitiosum recte diceretur; quantumque morbus a vitio differret.* — Plaute fait allusion à la surveillance exercée par les édiles sur les marchés et même à leurs règlements : *edictiones ædiliciæ* (*Rud.*, II, 3, 42 ; *Capt.*, IV, 2, 43); mais ces textes, qui se réfèrent à d'autres matières, ne sont pas probants. Seul, un passage du *Mercator* (II, 3, 84) prouve l'existence du *pactum displicentiæ* dans une vente d'esclave; or, ce pacte est visé dans l'édit des édiles. (ULP. *h. t.*, 31, 22-23; *Vat. fr.*, 14).

(6) GELL., IV, 2 : *Curato*. ULP., *D.*, XXI, 1, 1, 1 : *Pronuncianto*. Les additions faites à l'édit primitif sont au subjonctif : *certiores faciant emptores*.

(7) CATO ap. CIC., *De off.*, III, 17.

(8) On a objecté que l'édit des édiles suppose l'existence de la procédure formulaire introduite au VIIe siècle par la loi Æbutia. (GIRARD, 565). Mais, comme le fait remarquer KARLOWA (II, 1301), la question de savoir à quelle époque remontent les actions *in factum* est une « question ouverte ».

(9) On distinguait alors les *jumenta* des *armenta*. Cf. COLUM., VI, *præf.*

de fausse déclaration ou de promesse inexacte (1). La peine ne consiste pas, comme d'ordinaire, en une amende infligée par les Édiles au profit du Trésor public : le droit de poursuite est réservé à l'acheteur, ainsi que le montant de la condamnation. Deux actions lui sont promises : pendant six mois, une action rédhibitoire en résiliation de la vente (2), action qui entraîne la peine du double (3); pendant un an, une action en diminution du prix *(quanti minoris* ou *æstimatoria)* (4), par laquelle le juge estime la moins-value que la découverte du vice lors de la vente ou l'absence des qualités promises aurait fait subir à la chose. Les délais qui précèdent sont réduits respectivement à deux mois et à un mois, lorsque le vendeur refuse de promettre sur stipulation de garantir l'acheteur contre les vices et contre l'éviction (5).

Le caractère pénal de l'action rédhibitoire ressort de plusieurs faits : la violation de l'Édit est considérée comme un délit; l'action peut être exercée lorsque l'acheteur n'a plus intérêt, soit parce que l'esclave est mort, soit parce qu'il a été évincé (6); on ne tient pas compte de la bonne foi du vendeur (7); l'action est au double, comme pour un vol non manifeste; elle est intransmissible passivement (8). L'action *quanti minoris* est également pénale, mais la peine est atténuée : le vendeur perd le droit d'exiger la totalité du prix convenu. On juge le vice peu important puisque l'acheteur ne demande pas la résiliation de la vente, ou qu'il est resté six mois sans protester. L'action *quanti minoris* peut d'ailleurs être exercée toutes les fois qu'un nouveau vice est découvert (9).

Le vendeur peut échapper aux actions édiliciennes en reprenant l'esclave à l'amiable : il est simplement tenu d'une action *in factum* en restitution du prix. Cette action peut être exercée même après le délai de six mois, car le vendeur, en consentant à résilier la vente, a reconnu l'existence d'un vice rédhibitoire (10).

(1) Ulp., *h. t.*, 31, 1. La responsabilité du vendeur n'est pas engagée s'il s'est contenté de faire l'éloge de l'esclave. (Ped., ap. Ulp., *eod.*, 19 pr.)

(2) Cette action est admise par les lois de Hammourabi pour les ventes d'esclaves, mais seulement pendant un mois (§ 278.)

(3) L'action rédhibitoire a deux *condemnationes*. (Gaius, *h. t.*, 45.) Le juge est autorisé : à condamner le vendeur à payer le double du prix et des accessoires s'il ne restitue pas le prix et les accessoires et ne libère pas les cautions; à condamner le vendeur au simple, s'il fait la restitution qui lui est imposée. L'une ou l'autre condamnation est subordonnée à la restitution de la chose et des accessoires, sur l'invitation du juge. (Ulp., *h. t.*, 25, 8 et 10.) La restitution réciproque du prix et de la chose est sans doute une atténuation due à la jurisprudence : elle n'a rien d'essentiel. Cf. Lenel, II, 306. Lenel, *EP*³, § 293.

(4) Gell., IV, 2; Gaius, *h. t.*, 18 pr.; Paul, *eod.*, 43, 6.

(5) Gaius, *h. t.*, 28. L'*intentio* de l'action rédhibitoire varie suivant la clause de l'Édit qu'on invoque. Il y a donc plusieurs actions rédhibitoires (Ulp., 19, 2; 23, 5.)

(6) Paul, *h. t.*, 47, 1; Ulp., 31, §§ 6, 11, 12; 38, 3. Il en est autrement si l'esclave est mort par la faute de l'acheteur ou de ses esclaves (Pomp., *h. t.*, 48 pr.), ou a été affranchi. (Lab., 47 pr.)

(7) Ulp., *h. t.*, 1, 2 : *Non est hoc iniquum; potuit enim ea nota habere venditor.* La jurisprudence modifia cette règle avant Cicéron (*De off.*, III, 16); et l'on ajouta à l'Édit la clause finale relative au dol du vendeur. Cf. Wlassak, *Neg. gestio*, 174.

(8) Cic., *eod.*, 17.

(9) Ulp., *h. t.*, 31, 16. D'après Julien, l'acheteur ne doit pas obtenir deux fois l'estimation de la chose. L'action *quanti minoris* peut conduire à la résiliation de la vente, lorsque la dépréciation est telle qu'elle absorbe le prix entier. Paul, 43, 6.

(10) Ulp., *h. t.*, 31, 17.

L'édit relatif à la vente du bétail est également sanctionné par les actions éditiciennes, lorsque le vendeur n'a pas déclaré les maladies ou vices cachés. Si le vendeur n'a pas livré les ornements, l'acheteur peut, à son choix, les réclamer ou demander la résiliation de la vente dans les 60 jours. — Lorsqu'on achète une paire d'animaux et que l'un d'eux est atteint d'un vice rédhibitoire, on peut demander la résiliation de la vente tout entière.

c) *Extension de l'édit des édiles.* — Sous l'Empire, la règle qui oblige le vendeur à déclarer les vices cachés de la chose a été étendue à toutes les ventes. Tout acheteur a le bénéfice de l'option concédée par les édiles entre la résiliation de la vente et la diminution du prix (1). Il peut également se faire promettre par le vendeur l'absence de tout vice : c'était une clause d'usage comme la promesse de garantie contre l'éviction (2). L'acheteur peut donc, suivant son intérêt (3), exercer l'action *empti* ou les actions édiliciennes (4). Vis-à-vis d'un vendeur de mauvaise foi, l'action *empti* était préférable, parce qu'elle était perpétuelle et permettait d'obtenir la réparation de tout le préjudice causé à l'acheteur.

Dans leur application nouvelle et plus étendue, les actions édiliciennes perdirent leur caractère primitif d'actions pénales : elles devinrent *rei persecutoriæ* comme les actions qui sanctionnent des obligations contractuelles (5). L'action rédhibitoire est transmissible passivement ; elle se donne contre les cautions pour le tout, contre le maître *de peculio* (6). Le caractère pénal subsiste en ce qu'elle peut être intentée lorsque l'acheteur n'a plus d'intérêt, et que le vendeur est condamné au simple, même s'il fait la restitution prescrite par le juge.

L'action rédhibitoire entraîne une condamnation au double; mais le défendeur peut l'éviter en partie en se conformant à l'*arbitrium* du

(1) D'après ULP., *h. t.*, 1 pr., cette extension était réalisée au temps de Labéon. On a émis des doutes sur l'authenticité de ce passage; mais d'autres textes prouvent que Labéon appliquait l'édit à la vente des marchandises autres que celles qui étaient visées par les édiles. (POMP., *D.*, XIX, 1, 6, 4), et qu'il attribuait à l'action *empti* la fonction de l'action rédhibitoire. (ULP., *eod.*, 11, 3.) Que ces décisions n'aient pas la portée générale qu'elles ont reçue plus tard, c'est possible : le principe n'en est pas moins posé par Labéon, et cela confirme l'opinion d'après laquelle l'édit des édiles est bien antérieur à Cicéron.

(2) VARR., II, 10, 5.

(3) ULP., *h. t.*, 19, 2 *i. f.* L'emploi des actions édiliciennes n'était pas rigoureusement nécessaire : l'action *empti* étant de bonne foi, rien ne s'opposait à ce qu'elle fît fonction d'action rédhibitoire ou d'action *quanti minoris* dans les cas analogues à ceux qui avaient été visés par l'édit (ULP., *D.*, XIX, 1, 11, 3; 13 pr.) L'emploi de l'action *empti* pour demander la résiliation de la vente (PAUL, *D.*, XXI, 1, 60) ne dut pas être facilement admis par les jurisconsultes qui ne concevaient pas qu'une action créée pour obtenir l'exécution d'un contrat pût servir à le résoudre (p. 476, 3).

(4) D'après KARLOWA, (II, 626) l'action *empti*, exercée pour obtenir une diminution du prix, ne tend pas au même but que l'action *quanti minoris*. Par celle-ci, le juge est invité à rechercher la diminution que le vice caché fait subir à la valeur vénale de la chose (ULP., *h. t.*, 38 pr.; 13; JUL., *D.*, XLIV, 2, 25, 1), par celle-là, il envisage la dépréciation à un point de vue relatif, celui de l'acheteur (JUL., ap. ULP., *D.*, XIX, 1, 13 pr., 1; XXI, 2, 32, 1). Le résultat n'est pas toujours identique.

(5) ULP., *h. t.*, 1, 8; 23, 4 : *quamvis pœnales videantur actiones, tamen... ex contractu veniunt*. Elles sanctionnent, non plus une mesure de police prise dans un intérêt général, mais des intérêts privés.

(6) ULP., *h. t.*, 23, 4-6; PAUL, 56.

juge (1) : si le vendeur rend le prix, avec les intérêts à dater du payement, il n'est condamné qu'au simple (2). L'acheteur de son côté doit rendre la chose avec ses accessoires ainsi que les fruits qu'il a perçus (3). Il est responsable de la dépréciation causée par son dol et même par sa faute ou par celle des gens à son service (4); mais il peut se faire tenir compte de ses impenses : il jouit d'un droit de rétention (5). L'action rédhibitoire produit ainsi une sorte d'*in integrum restitutio* (6).

Si plusieurs esclaves ont été vendus ensemble et qu'un seul soit atteint d'un vice, la résolution devra s'appliquer à tous, si on ne peut les séparer sans dommage (7). — Si l'acheteur est mort laissant plusieurs héritiers, l'action rédhibitoire ne peut être intentée que d'un commun accord : il y aurait préjudice pour le vendeur, si les uns demandaient la résiliation, les autres la diminution du prix. A l'inverse, si le vendeur est mort laissant plusieurs héritiers, l'acheteur peut intenter l'action rédhibitoire contre chacun d'eux pour sa part (8).

L'action rédhibitoire doit être intentée dans les six mois. Ce délai se compte en principe à partir de la vente; mais comme c'est un délai utile, il ne court pas tant que l'acheteur ignore l'existence du vice, à moins que cette ignorance ne soit telle qu'on ne puisse l'excuser (9). La même règle s'applique au calcul du délai d'un an, accordé pour l'action *quanti minoris*. L'acheteur conserve le droit de demander une diminution du prix quand il a laissé écouler le délai imparti pour exercer l'action en résolution (10).

§ 4. **Obligations de l'acheteur**. — L'acheteur est obligé de remettre le prix convenu; il doit même en transférer la propriété au vendeur (11). Il doit aussi les intérêts du prix à dater de la tradition : c'est la compensation de la jouissance qui lui a été concédée (12). L'accheteur est tenu d'indemniser le vendeur des dépenses faites de bonne foi pour l'entretien et la conservation de la chose (13). Parfois des charges

(1) L'existence de cet *arbitrium* (ULP., *h. t.*, 23 pr.; 25, 8; 29, 3; PED., 31, 13; PAUL, 43, 9) a fait parfois considérer cette action comme arbitraire, mais le défendeur qui restitue n'est pas absous. Cf. KARLOWA, II, 1297.
(2) ULP., *h. t.*, 27; 29, 2; GAIUS, *h. t.*, 45.
(3) POMP., ap. ULP., *h. t.*, 33 pr.; ULP., 23, 9; GAIUS, 24.
(4) POMP., *h. t.*, 48 pr.; ULP., 31, 11-12.
(5) ULP., *h. t.*, 29, 3; cf. PED., ap. PAUL, 30.
(6) JUL., ap. ULP., *h. t.*, 23, 7; PAUL, 60. Cf. ULP., *D.*, XLI, 2, 13, 2.
(7) ULP., *h. t.*, 35. Labéon n'admettait cette règle que dans le cas où la vente avait été faite pour un prix unique. POMP., *h. t.*, 64 pr., 1. Cf. AFR., 34 pr.
(8) POMP., ap. ULP., *h. t.*, 31, 5-6; MARCEL., 31, 7; ULP., 31, 10.
(9) ULP., *h. t.*, 19, 6; PAP., *h. t.*, 55.
(10) POMP., *h. t.*, 48, 2. Tant que les six mois ne sont pas expirés, il ne peut intenter successivement les deux actions sans être écarté par l'exception *rei judicatae*. JUL., *D.*, XLIV, 2, 25, 1 : *Nam posterior actio (quanti minoris) etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est ut eum ob id actor empturus non fuerit.*
(11) PAUL, *D.*, XIX, 4, 1 pr.; ULP., *D.*, XIX, 1, 11-2. Le vendeur, au contraire, n'est tenu de transférer que la possession de la *merx*. Les raisons, indiquées p. 458 pour expliquer cette exception, n'avaient pas ici d'application.
(12) ULP., *D.*, XIX, 1, 13, 20. Pour la même raison, les impôts sont à sa charge dès le jour du contrat. DIOCL., *C.*, IV, 49, 13.
(13) TREB., *cod.*, 13, 22. Labéon y comprend les frais funéraires d'un esclave.

supplémentaires lui sont imposées, par exemple laisser jouir un colon jusqu'à la fin du bail (1).

1. Exception *mercis non traditæ*. — L'acheteur peut-il se refuser à payer tant qu'il n'a pas reçu livraison? Est-ce à lui ou au vendeur d'exécuter le premier son obligation? Au temps de Varron, l'acheteur avait le droit d'exiger la livraison bien qu'il n'eût pas payé son prix (2).

Sous l'Empire cette règle fut d'abord maintenue : lorsque, dans une vente aux enchères, le banquier chargé de la vente exige le payement du prix avant d'avoir livré la marchandise, l'acheteur peut lui opposer l'exception *mercis non traditæ*. Cette exception, dont on trouve d'autres applications (3), a pour but d'écarter l'arbitraire du juge et de subordonner l'exercice de l'action *venditi* à la condition que la livraison ait été faite (4).

(1) Serv., Tub., ap. Ulp., *eod.*, 13, 30.

(2) *R. r.*, II, 2, 6 : *Grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio si non reddit pretium.* On a vu dans ce texte la preuve que les obligations nées de la vente étaient, à cette époque, indépendantes l'une de l'autre. (Dernburg, II, 58; Girard, 563, 5). Mais Varron ne dit pas que le droit du vendeur au prix soit, comme celui de l'acheteur, indépendant de l'exécution de son obligation. L'incidente *quamvis nummos non solverit* n'a pas pour corrélative *quamvis rem non tradiderit :* le droit de l'acheteur est sans réciprocité.

(3) Gaius, IV, 126. L'exception est ainsi conçue : *Si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur quæ venit neque tradita est.* (Jul., *D.*, XIX, 1, 25.) Paul, *D.*, XLIV, 4, 5, 4, paraît aussi se référer à une vente faite par le ministère d'un *argentarius :* un esclave est vendu par celui *cui hoc dominus permisit;* le vendeur a payé le prix au propriétaire; il en a fait l'avance; puis la vente ayant été résiliée pour un vice rédhibitoire, le vendeur se voit écarté par l'*exceptio redhibitionis* quand il réclame le prix à l'acheteur. Cet intermédiaire, qui vend pour le compte d'autrui et avance le prix au propriétaire, fait office de banquier. Cf. Lenel, II, 252.

(4) Le recours à une exception pour forcer le vendeur à exécuter son obligation donne lieu à une difficulté : le vendeur, qui réclame le prix sans livrer la chose, commet un dol; or il est de règle que l'exception de dol est sous-entendue dans les actions de bonne foi. Pourquoi en est-il autrement dans l'espèce? C'est que, dit Dernburg (II, 58), l'action *venditi* ne tend pas à un échange de prestations, mais uniquement au payement du prix; le juge n'a pas à s'occuper d'autre chose, à moins d'y être invité par le Préteur au moyen d'une exception. L'existence de cette exception est, suivant cet auteur, une des preuves les plus fortes de l'indépendance respective des obligations nées de la vente (cf. Girard, 561, 3). Cette explication ne saurait être acceptée : d'abord la règle *Exceptio doli bonæ fidei judiciis inest* n'est pas absolue; il y a des exemples d'une exception de dol opposée à une action de bonne foi (Paul, *D.*, XIX, 1, 5, 1). Puis l'exception *mercis non traditæ* est accordée à l'acheteur sans réciprocité : Lab., *D.*, XIX, 1, 50, prouve qu'il suffit au vendeur, d'invoquer la bonne foi pour se dispenser de livrer la chose lorsque l'acheteur entend se prévaloir du bénéfice des *novæ tabulæ* pour ne pas payer. Aussi explique-t-on d'une autre manière l'existence de notre exception : les textes qui la mentionnent supposent, dit-on, que le prix est réclamé par le vendeur en vertu, non du contrat de vente, mais d'une stipulation consécutive ou d'une *transcriptio a re in personam.* Mais il y a là une assertion dénuée de preuve et qui est contredite par Carac., *C.*, VIII, 44, 5 où l'exception de dol est opposée à l'action *ex vendito.* Il nous paraît plus probable que l'insertion de l'exception dans la formule avait lieu moins par nécessité que par mesure de précaution : 1° on pouvait craindre que le juge ne refusât de tenir compte du moyen de défense invoqué par l'acheteur (p. 387, 1) et que son droit ne fût gravement compromis par l'insolvabilité du vendeur en cas d'achat d'un lot d'immeubles dont plusieurs sont hypothéqués (Car., *loc. cit*); 2° en cas de vente de raisins sur souches (Jul., *D.*, XIX, 1, 25), la récolte doit être faite en temps opportun sous peine de priver l'acheteur du bénéfice de son acquisition; 3° la précaution était plus utile encore lorsque le vendeur agissait pour le compte d'autrui, comme dans la vente faite par le ministère d'un banquier : l'acheteur, qui ne recevait pas du propriétaire livraison des objets adjugés, ne pouvait pas toujours reprocher au vendeur d'agir contrairement à la bonne foi, alors surtout que celui-ci prouvait qu'il avait avancé l'argent au propriétaire.

Au milieu du IIe siècle, Marcellus fit prévaloir une idée nouvelle : le droit du vendeur de retenir à titre de gage l'objet vendu jusqu'à ce qu'il ait reçu satisfaction (1); dès lors l'exercice de l'action *empti* fut subordonné à l'offre du prix total (2). Ce fut un changement dans la conception des rapports entre vendeur et acheteur. Pourtant les rôles ne sont pas intervertis : on ne peut pas dire que l'acheteur soit tenu d'exécuter le premier, car il a toujours le droit de refuser le payement quand une difficulté s'élève pour l'exécution de l'obligation de délivrance (3). Vendeur et acheteur doivent désormais, sauf convention contraire, exécuter simultanément leurs obligations (4).

§ 5. **Droits du vendeur non payé.** — Le vendeur non payé peut intenter contre l'acheteur l'action *venditi;* mais il n'en est pas réduit à cette action personnelle, qui lui fait courir le risque de l'insolvabilité de l'acheteur.

a) D'abord il peut exiger des sûretés personnelles ou réelles, une caution ou un gage. Puis, il peut, grâce à certains expédients, se réserver un droit réel sur la chose vendue : le moyen le plus simple consiste à faire tradition à titre *précaire*; l'acheteur n'a pas d'objection à faire puisqu'il obtient la jouissance de la chose (5), et le vendeur y trouve l'avantage de pouvoir reprendre sa chose à défaut de payement, car le précaire est révocable *ad nutum.* — Un autre procédé consiste à livrer la chose à l'acheteur à titre de *louage* (6) jusqu'à ce que le prix soit payé. Le vendeur conserve ici la possession et par suite la propriété (7). A tous autres égards, la vente produit ses effets : les risques sont pour l'acheteur. — Un procédé très usité consistait à réserver au vendeur la faculté de faire déclarer l'acheteur déchu de son droit faute de payement au terme fixé (8) : c'est la *lex commissoria.*

b) D'autre part, et tout au moins sous Justinien, il faut distinguer la vente au comptant et la vente à terme (cf. C. civil 2102, 4°).

Dans la vente *au comptant,* le vendeur non payé a le droit de rétention; il conserve même, malgré la tradition, la propriété et l'action en

(1) Ap. ULP., *D.*, XXI, 1, 31, 8; cf. SCÆV., *D.*, XVIII, 4, 22.

(2) ULP., *D.*, XIX, 1, 13, 8 : *Quasi pignus.* Paul (*D.*, XII, 1, 31, 1) rectifie sur ce point une décision de Julien. Cf. *D.*, XXI, 1, 57 pr. : DIOCL., *C.*, IV, 49, 8.

(3) CARAC., *C.*, VIII, 44, 5. L'acheteur peut également refuser de payer, lorsque son droit de propriété est mis en question par un tiers qui le poursuit en revendication. Le vendeur ne pourrait le forcer à payer même en offrant des sûretés pour la restitution du prix. PAP., *Vat. fr.*, 12. C'était excessif : Dioclétien n'admet pas le refus de payer lorsque le vendeur fournit une satisfaction. (*C.*, VIII, 45, 24). Tribonien a modifié en conséquence PAP., *D.*, XVIII, 6, 18, 1.

(4) La même règle s'applique aux autres contrats synallagmatiques parfaits. Les auteurs modernes donnent à l'exception invoquée par le défendeur le nom d'exception *non adimpleti contractus.* Cf. SALEILLES, *Obligation*, 181.

(5) ULP., *D.*, XIX, 1, 13, 21. Cf. p. 504, 7.

(6) JAV., *D.*, XVIII, 6, 16. Cf. TERT., *D.*, XLI, 2, 28.

(7) PAUL, *D.*, XIX, 2, 20, 2 : *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.*

(8) On cite encore le *pactum reservatæ hypothecæ*, origine de notre privilège du vendeur (C. civ. 2103) : le vendeur se réserve un droit d'hypothèque. A vrai dire il s'agit moins d'un droit retenu que d'un droit établi immédiatement après la vente. Aussi lorsque l'acheteur est un mineur, Ulpien estime que l'hypothèque n'est pas valable (*D.*, XXVII, 9, 1, 4); d'après Paul (*eod.*, 2) on peut en obtenir la confirmation par une faveur du prince.

revendication. La loi n'a pas voulu qu'il fût victime de sa complaisance, s'il a consenti à se dessaisir de la chose sans en recevoir immédiatement le prix. Dans la vente *à terme,* qui est la plus fréquente dans les usages du commerce, le vendeur suit la foi de l'acheteur; il lui fait crédit : la jurisprudence a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la règle qui subordonne l'acquisition de la propriété au payement du prix. Le vendeur est censé avoir renoncé à la garantie que la loi lui offrait : on l'assimile à celui qui a reçu de l'acheteur une satisfaction (1). Il n'a donc qu'un droit de créance sanctionné par l'action *venditi.* Si cependant la vente avait pour objet une *res mancipi,* et que le vendeur ne l'eût pas encore mancipée ou cédée *in jure,* il en aurait le *nudum jus quiritium* et pourrait la revendiquer.

§ 6. **Vente sous condition résolutoire.** — La condition résolutoire se présente dans le contrat de vente sous plusieurs formes : *a)* le *pactum displicentiæ* confère à l'acheteur la faculté de résilier la vente si la chose cesse de lui plaire dans un certain délai (2); *b)* le pacte de réméré permet au vendeur d'exiger la restitution de sa chose à charge d'en rendre le prix; *c)* l'*in diem addictio* lui confère le droit de résoudre la vente s'il trouve des conditions meilleures dans un certain délai (3); *d)* par la *lex commissoria,* il se réserve le droit de résilier la vente si le prix ne lui en est pas payé dans un certain délai (4). Cette clause, qui peut se combiner avec une tradition à précaire, n'implique pas que le vendeur suive la foi de l'acheteur; elle n'emporte pas nécessairement renonciation au droit de revendiquer faute de payement du prix : elle a pour but, bien moins de procurer une sûreté au vendeur, que de lui permettre de rompre son engagement.

Ces pactes n'ont pas toujours un caractère résolutoire : les parties peuvent à leur gré leur donner la valeur d'une condition suspensive (5). Les deux derniers, qui sont les plus importants, n'ont même pas eu de tout temps un caractère résolutoire : au Ier siècle, on considère la vente faite sous une de ces clauses comme une vente sous condition suspensive (6). Julien le premier eut la pensée d'envisager l'*in diem addictio* comme un pacte résolutoire (7), à l'exemple du *pactum displicentiæ* (8). Cette manière de voir fut étendue à la *lex commissoria* et y devint pré-

(1) La distinction n'est pas dans Gaius (*h. t.,* 53). Elle est formulée par un de ses contemporains, Pomp., *eod.,* 19 : *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.* Ulp., *D.,* XIV, 4, 5, 18. Cf. p. 275, 4.

(2) *Vat. fr.* 14 : *Si Stichus intra certum diem tibi displicuerit, inemptus esto.*

(3) Cette clause, dont on trouve des exemples dès le VIe siècle (Plaut., *Capt.*, I, 2, 76; Brut., Q. Muc., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 2, 13 pr.), a été empruntée, comme son nom l'indique, à l'usage des ventes aux enchères. Le rapprochement est fait par Paul, *D.*, XLIX, 14, 50. Mais ici l'*addictio,* au lieu d'être prononcée séance tenante, est ajournée (*in diem*).

(4) Nerat., *D.*, XVIII, 3, 5. Cf. C. civ. 1654-1657.

(5) Vente à l'essai : Mela, ap. Ulp., *D.,* XIX, 5, 20, 1; *Inst.*, III, 23, 4. Cf. p. 124, 4. *Lex commissoria,* Lab., *D.*, XVIII, 1, 78, 2.

(6) Sab., ap. Paul, *D.*, XLI, 4, 2, 3-4. L'exclusion de l'usucapion ne se conçoit que si la vente n'est pas parfaite. (Ulp., *D.*, XVIII, 2, 4 pr.; XLI, 9, 1, 2.)

(7) Jul., ap. Paul, *loc. cit.*, 2, 4.

(8) Ulp., *D.*, XVIII, 1, 3. Ce pacte fut sanctionné d'abord par l'action rédhibitoire; or *redhibitio est venditionis resolutio* (Ulp., *D.*, XLI, 2, 13, 2).

pondérante. la vente consentie sous cette clause fut réputée faite sous condition résolutoire, sauf intention contraire des parties (1).

Chacune de ces conceptions a ses avantages et ses inconvénients : le vendeur sous condition suspensive a une action réelle pour recouvrer sa chose ainsi que les fruits et accessoires, mais il supporte les risques; de son côté, l'acheteur ne peut usucaper s'il a acquis *a non domino*. Au contraire, le vendeur sous condition résolutoire est traité comme un vendeur pur et simple; il est déchargé des risques si la condition fait défaut ou si la perte de la chose empêche la condition de se réaliser (2). De plus, si la condition se réalise, il peut exiger la restitution de la chose, même si elle a été usucapée par l'acheteur (3); il peut aussi exiger les fruits et les accessoires (4).

Le pacte résolutoire joint à la vente produit-il un effet personnel ou réel? L'intérêt pratique de la question est évident : si la condition résolutoire a un effet réel, elle opère à l'égard des tiers; si elle n'a que des effets personnels, l'ayant-droit est dans la situation de tout créancier exposé aux chances d'insolvabilité du débiteur; ou même, si le débiteur est solvable et qu'il ait aliéné la chose, l'ayant droit n'obtiendra que des dommages-intérêts, au lieu de la chose qu'il voudrait avoir. D'autre part l'action personnelle a aussi ses avantages : elle n'exige pas, comme l'action réelle, que le défendeur possède; elle rend l'acquéreur responsable des détériorations survenues par sa faute; elle l'oblige à rendre les fruits et accessoires de la chose.

A priori, il est peu vraisemblable que les Romains aient attribué à la condition résolutoire des effets réels. Deux faits le prouvent : l'aliénateur fiduciaire n'a pour recouvrer sa chose qu'une action personnelle; lorsque les jurisconsultes du Ier siècle veulent attribuer à un pacte résolutoire un effet réel, ils présentent le contrat sous un aspect différent : ils le subordonnent à une condition suspensive négative (5).

La condition résolutoire ne saurait donc normalement avoir d'autre effet que d'obliger l'acquéreur à retransférer la propriété à l'aliénateur. Cette obligation fut sanctionnée d'abord par l'action rédhibitoire (6), lorsqu'elle résultait d'un *pactum displicentiæ* joint à une vente régie par l'édit des édiles, ou par une action *in factum*, analogue à l'action rédhibitoire, pour les ventes qui n'étaient pas de leur compétence (7). Sabi-

(1) Ulp., *D.*, XVIII, 3, 1 : *Magis est*...

(2) P. 398, 2. La vente reste dans ce cas pure et simple ; Jul., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 2, 2, 1. Paul (*eod.*, 3) en donne pour raison que la perte de la chose empêche l'offre de conditions meilleures. Doit-on en conclure que si la condition peut s'accomplir malgré la perte de la chose, les risques seront pour le vendeur? La question est controversée (Cf. Bufnoir, 458.) D'après Pomp., *D.*, XVIII, 3, 2, si le vendeur est libre de ne pas demander la résiliation et de réclamer le prix de vente, la perte est pour l'acheteur.

(3) Arg. Jul., *D.*, XXXIX, 6, 13 pr.

(4) Jul., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 2, 6 pr. : *Fructus refundere... debere constat.*

(5) La vente avec clause d'*in diem addictio*, par exemple, apparaît sous la forme d'une vente *nisi melior conditio offeratur* : ici le vendeur conserve le droit de revendiquer sa chose si la condition prévue se réalise. Ulp., *D.*, XVIII, 2, 2 pr.

(6) Diocl., *C.*, IV, 58, 4. Ulp., *D.*, XXI, 1, 31, 22 et 24.

(7) Pap., *Vat. fr.*, 14, mentionne cette action qui, de son temps, lui paraît inutile. Sur les difficultés auxquelles donne lieu cette action, cf. Karlowa, *Præscriptio und Pactum*, 1891, p. 120. Voigt, *J. N.*, III, 855.

nus proposa de la sanctionner par l'action même du contrat, l'action *empti;* tandis que Proculus, dans un cas analogue à celui du pacte de réméré, préfère accorder une action *in factum* modelée sur l'action *empti* (1). L'opinion de Proculus avait encore des partisans au début du IIIe siècle, mais celle de Sabinus, appliquée par Julien à l'*addictio in diem*, par Pomponius à la *lex commissoria*, consacrée par un rescrit de S. Sévère, était la plus commode en pratique (2). La seule objection qu'on pût lui adresser en théorie, c'est qu'il était singulier qu'une action, créée pour assurer l'exécution d'un contrat, pût en même temps servir à le dissoudre (3). Mais ce point de vue parut trop étroit en raison de l'étendue des pouvoirs reconnus au juge de l'action de bonne foi. Papinien accorde l'action du contrat.

La jurisprudence classique a-t-elle été plus loin? A-t-elle admis que la propriété reviendrait de plein droit à l'aliénateur? La question est depuis longtemps controversée. Les textes ne font pas défaut, mais paraissent divergents. On est d'accord pour reconnaître que l'effet réel a été consacré par Justinien. S'il a été admis dès l'époque classique, il ne l'a pas été d'une manière générale. Les uns y voient une opinion isolée de quelques jurisconsultes (4); d'autres en restreignent l'application à des cas spéciaux (5); d'autres enfin l'écartent absolument (6). La vraie solution était de donner ici exceptionnellement au pacte adjoint un effet réel (7). Telle paraît avoir été l'opinion de Marcellus, et dans cette mesure restreinte, son innovation mérite d'être approuvée. Justinien a eu tort de la généraliser (8) : l'exercice de

(1) Ap. PAUL, *D.*, XVIII, 5, 6. PROC., *D.*, XIX, 5, 12.
(2) PAUL, *loc. cit.* JUL., ap. ULP., *D.*, XVIII, 2, 4, 4. SEV., *eod.*, 16.
(3) P., 510, 1.
(4) PELLAT, *Propriété*, 274 ; ACCARIAS, II, 314 ; BUFNOIR, 139.
(5) BECHMANN *Der Kauf*, II, 384, DERNBURG, I, § 112, 9.
(6) SCHULIN, *Resolutivbedingungen*, 1875, p. 171 ; APPLETON, II, 267 ; GIRARD, 723. Contra, DE S ARCLENS, *Etude sur l'in diem addictio*, 1896, p. 292.
(7) En fait les textes n'attribuent un effet réel au pacte résolutoire que dans l'*addictio in diem* (MARCEL., ap. ULP., *D.*, XVIII, 2, 4, 3; XX, 6, 3; ULP., *D.*, VI, 1, 41 pr.) et la *lex commissoria.* (SCÆV., *D.*, XVIII, 3, 8; ALEX., *C.*, IV, 54, 4.) Or les textes sur l'*addictio* visent la vente d'une *res mancipi* réalisée par simple tradition : l'existence d'une action réelle au profit de l'aliénateur s'explique aisément, car il n'a pas cessé d'être propriétaire. On conçoit aussi que l'acquéreur soit traité comme un propriétaire jusqu'à l'arrivée de la condition (MARCEL., *loc. cit. : emptor medio tempore dominus est, alioquin nec pignus teneret*) : il a l'*in bonis* sanctionné par la Publicienne; il peut exercer efficacement cette action même contre son vendeur. Mais la condition une fois accomplie, il ne peut plus invoquer son contrat pour paralyser l'exception *justi dominii* par la réplique *rei venditæ et traditæ.* Cette interprétation est plausible; il reste pourtant un doute : Marcellus refuse au *pactum displicentiæ* l'effet qu'il attribue à l'*in diem addictio.* (*D.*, XX, 6, 3). L'opposition qu'il établit entre les deux pactes résolutoires n'aurait pas de raison d'être si la solution ne tenait à la différence des espèces. Il est donc vraisemblable que, tout au moins quant à l'*in diem addictio*, il y a eu une tentative faite à l'époque classique pour attribuer à la condition résolutoire un effet réel. Cet effet était ici bien nécessaire : la clause courait grand risque d'être illusoire si le vendeur n'était pas certain de recouvrer sa chose, le cas échéant, dans l'état où il l'avait livrée et libre de toute charge. Sans cela, comment aurait-il trouvé des conditions meilleures? — Les textes sur la *lex commissoria* ne sont pas probants : Scævola ne se prononce pas sur l'existence de la revendication qui lui est suggérée par le plaideur qui le consulte. Quant au rescrit d'Alexandre Sévère, il est contredit par la c. 3 du même empereur.
(8) Justinien ayant supprimé la distinction de la propriété quiritaire et de l'*in bonis*, on ne peut plus expliquer les textes qui accordent à l'aliénateur une action

l'action en revendication contre les tiers est très dangereux ; il produit des conséquences tellement graves qu'on peut regretter que les rédacteurs du Code civil aient reproduit sur ce point la législation du Bas-Empire (1). Ils auraient été mieux inspirés en suivant les traces des classiques et en réservant l'action résolutoire réelle pour des cas exceptionnels (2)

II. Le Louage.

Le louage est un contrat par lequel une personne promet à une autre, moyennant une redevance ordinairement fixée en argent, la jouissance d'une chose (*locatio rei*), ses services (*locatio operarum*), ou l'exécution d'un ouvrage (*locatio operis*).

On appelle *locator* celui qui a l'initiative du contrat : le propriétaire qui met sa maison à louer, le mercenaire qui offre ses services, le maître d'un terrain qui va trouver un entrepreneur pour faire bâtir une maison. L'autre partie est le *conductor* (3).

§ 1er. **Histoire du louage.** — 1. LOUAGE DE CHOSES. — Le louage ne répond pas à un besoin économique aussi général que la vente : il n'a reçu dans l'ancienne Rome qu'une application restreinte (4). Le louage d'une maison n'avait pas de raison d'être alors que tout citoyen avait son domicile en ville sur un terrain concédé par l'État. Il en était de même du louage des terres ou bail à ferme à une époque où les chefs de maison cultivaient eux-mêmes leurs champs et faisaient paître leurs troupeaux avec l'aide des membres de leur famille.

Le louage de choses n'était pas cependant inconnu : les bêtes de somme ou de trait, si utiles à l'agriculture, avaient une valeur assez grande pour qu'il ne fût pas possible à tous les chefs de maison d'en avoir un nombre suffisant (5). Entre voisins, il était d'usage de se les prêter ; si l'on ne trouvait pas à en emprunter, on les louait.

1. Le louage de maisons s'est développé avec l'accroissement de la

réelle en disant qu'il est propriétaire de la chose qu'il a livrée, mais non mancipée. En insérant ces textes au Digeste, les compilateurs ont certainement entendu attribuer à la condition résolutoire un effet réel. Ils lui ont aussi attribué un effet rétroactif, sans quoi on ne concevrait pas que le vendeur sous condition résolutoire puisse constituer une servitude, alors qu'il a cessé d'être propriétaire. PAUL, *D.*, XXXIX, 3, 9 pr. admettait cette rétroactivité en cas d'*in diem addictio*.

(1) La loi du 23 mars 1855, art. 7, a atténué, dans une certaine mesure, les inconvénients de la règle consacrée par le Code civil (a. 1184, 1654).

(2) Cf. J.-E. LABBÉ sur Ortolan, III, 838.

(3) C. civ. 1708. Il y a quelques vestiges d'une époque où le louage, comme la vente, était l'échange de deux prestations. Gaius (III, 144) présente le louage comme la concession temporaire de l'usage d'une chose (*rem utendam dare*). De même que le commodat, le louage exige la remise de la chose par le locateur. Il semble que le locataire devait simultanément remettre le prix du loyer. Plaute (*Curc.* 391), parlant de la location d'un esclave, dit qu'elle vaut argent comptant : *usus est pecunia*. Les Douze Tables supposent qu'on a loué une bête de somme afin de se procurer la somme nécessaire pour offrir un sacrifice : si le louage n'était pas un moyen d'avoir de l'argent comptant de même que la vente, on n'aurait pas recours à un acte où l'on court le risque de manquer le but qu'on se propose, faute de payement par le locataire. C'est pour cela que la loi sanctionne d'une manière énergique le droit du locateur. (GAIUS, IV, 28.)

(4) L'affrètement d'un navire fut inconnu jusqu'à la fin du Ve siècle (SEN., *de brev. vit.*, 13). Il était usité au temps de Plaute (*Rud.*, prol. 57).

(5) Un bœuf valait cent as d'après la loi Aternia Tarpeia, un cheval mille as.

population. Après les guerres puniques, les étrangers, Latins, Grecs, Carthaginois, affluent à Rome. Les uns louent une maison *(domus)* ou une partie de maison; les autres, un appartement *(cœnaculum)* dans une de ces maisons de rapport, à plusieurs étages, que les spéculateurs firent bâtir dans les divers quartiers de Rome. Ces appartements, composés de plusieurs pièces et qu'on louait divisément ou indivisément, étaient isolés les uns des autres : ils avaient chacun un escalier spécial conduisant à la cour ou à la voie publique (1). On les appelait parfois *insulæ* en raison de leur isolement respectif (2), mais plus souvent on donnait ce nom à la maison de rapport elle-même (3), qui était divisée en appartements (4). Les habitants les moins fortunés se contentaient d'une chambre dans une hôtellerie (p. 517, 3); les pauvres logeaient dans un sous-sol ou cherchaient un gîte dans une boutique (5).

2. Le louage de terres ou bail à ferme s'est introduit assez tard sous l'influence du droit public. Vers le milieu de la République, l'exploitation par esclaves formait la règle générale; elle était la plus productive; seule, elle permettait de soutenir la concurrence de l'étranger. En cas de besoin, au temps de la moisson par exemple, le propriétaire prenait à la journée des mercenaires (6); ou bien il traitait avec un entrepreneur qui se chargeait, moyennant un prix convenu, de la récolte des olives ou de la préparation de l'huile. Pour certains travaux exigeant une habileté particulière, il avait recours à des ouvriers à part de fruits (7). Lorsque le propriétaire était dans l'impossibilité de s'occuper de certaines cultures (vignes, pépinières, champ de blé), il en confiait le soin à des entrepreneurs avec lesquels il partageait les fruits (8). Le

(1) L'appartement ferme en général sous une seule clef, d'où le nom de *conclave*. On le distingue des *cellæ* auxquelles on accède par un passage commun. Cæl. Sab., ap. Ulp., *D.*, XXI, 1, 17, 15. Cf. Ed. Cuq, *Une statistique de locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale*, 1915.

(2) Tel est le sens du mot *insula* : 1° dans la *Notitia urbis Romæ regionum XIIII* de l'époque de Constantin : Rome comptait 1 790 *domus* et 46 200 *insulæ*. Si ces *insulæ* étaient des maisons, la superficie de Rome n'aurait pu les contenir; 2° dans le titre *exactor ad insulas* donné à l'esclave chargé de la perception des loyers dans les maisons comprenant de nombreux appartements (*CIL*., VI, 9383). — Tel est aussi le sens de l'adjectif dérivé *insularius* qui, au temps de Cicéron (p. 406, 2), désigne l'esclave chargé de la location et de la garde des appartements d'une maison; puis, au IIIe siècle, le locataire d'un appartement (Sev., Car., *D.*, I, 15, 4).

(3) Cic., *ad Att.*, XVI, 1 : *fructus insularum*. Anciennement, toutes les maisons étaient des *insulæ* mais pour une raison bien différente, parce que, dit Festus *(h. v°)*, elles étaient séparées les unes des autres par l'*ambitus*.

(4) Ulp., *D.*, VII, 1, 13, 8 : *per cœnacula dividere domum*. Les *cœnacula* étaient soumis à des règlements de police spéciaux, établis par le préteur urbain (Ulp., *D.*, IX, 3, 1 pr.) et par le Préfet des Vigiles (Pap., *D.*, I, 15, 3, 4; XX, 2, 9; XXIX, 2, 56).

(5) Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 13, 4; XLIII, 17, 3, 7.

(6) Cat., *R.*, *r.*, 145, 1 : *Operarios conducere*. Cf. 144, 3; 145-146, 3.

(7) *Politores*. Le *politor* donnait à la terre une façon qui augmentait le rendement. Caton (*R. r.*, 136) le considère comme un *conductor operis faciendi*. La rubrique du chapitre porte : *Politionem quo pacto redemptori dare debeas*. Ailleurs (c. 5), il le met à côté de l'*operarius* et du *mercenarius*. Au IIe siècle, Celsus considère le *politor* comme un associé, lorsque le propriétaire lui a confié la terre pour en tirer des fruits en commun. (*D.*, XVII, 2, 52, 2.)

(8) Cat., *R. r.*, 137 : *Vineam redemptori partiario ut des*. L'entrepreneur avait en outre le droit au fourrage et la faculté de faire paître ses bœufs dans les prés

louage de choses n'avait donc pas ici d'application, mais seulement le louage de services ou le louage d'ouvrage. Le bail à ferme fut usité d'abord pour les terres publiques que l'État ne pouvait exploiter directement, puis pour les vastes domaines que les particuliers achetaient à l'étranger lorsqu'ils ne pouvaient les faire valoir sous leur surveillance personnelle.

La notion du louage de terres n'est pas aussi simple que celle du louage de maison : les terres étant en général susceptibles de produire des fruits, le droit du preneur porte en réalité sur une marchandise destinée à être vendue ou consommée. On peut donc considérer la concession temporaire de l'usage d'une terre comme une vente des fruits qu'elle produira pendant un certain temps. Tel est le point de vue des praticiens du VI[e] siècle (1) : il se justifie aisément pour les terres produisant des fruits naturels. Pour les terres en culture, la situation est différente : le bailleur, qui ne peut ou ne veut cultiver lui-même, charge un colon de le faire à sa place. Régulièrement, il devrait le payer comme on paye un entrepreneur et se faire livrer les récoltes. Il pourrait aussi vendre d'avance sa récolte annuelle à l'entrepreneur de culture; celui-ci payerait chaque année une somme représentant le prix d'achat, déduction faite de ce qui lui est dû pour la culture. Cette combinaison d'une vente et d'un louage d'ouvrage avait l'inconvénient de rendre trop aléatoire la rémunération du colon qui n'aurait pu demander aucune remise lorsque la récolte a péri par force majeure. A l'exemple de l'État, on simplifia, au cours du VII[e] siècle, les rapports des parties en considérant l'ensemble de la convention comme un louage (2), sans égard à la nature des fruits. Dans tous les cas, il y eut *locatio rei fruendæ* (3), mais pour les terres en culture, une clause du bail obligea le colon à cultiver (4).

Cette conception eut l'avantage d'établir entre les obligations des

dépendants du domaine. VAL. MAX (IV, 4, 6) cite un exemple qui remonte à la première guerre punique (498).

(1) Les formulaires de Caton citent trois exemples (*R. r.*, 149, 191) : 1° vente d'un pâturage *(pabulum)*. L'acheteur acquiert implicitement le droit de faire paître son troupeau sur le champ pendant le semestre d'hiver. Suivant une conception usuelle dans les législations peu développées, on identifie le droit au pâturage avec son objet, avec l'herbe qui pousse dans le champ ; 2° vente de l'herbe prête à couper *(pratum)* au temps de la moisson (ULP., *D.*, L, 16, 31); 3° vente des fruits annuels d'un troupeau *(fructus ovium)* : lait, laine, agneaux. Cette vente se combine avec une *locatio operis faciendi* : l'acheteur (Caton l'appelle ici *conductor*) doit entretenir le troupeau, le faire paître sur le champ du vendeur, fournir un berger pour faire paître le troupeau pendant les deux mois où il n'a plus de fruits à recueillir. Ce berger est le gage du vendeur jusqu'au payement.

(2) La loi agraire de 643 marque la période de transition : la *locatio agri fruendi* est considérée indifféremment comme une vente ou comme un louage. *CIL.*, I, 200, l. 25, 85 : *Agrum fruendum redimere conducereve; locare vendereve.*

(3) L'État, ne pouvant exploiter lui-même, mettait en adjudication la jouissance des terres publiques : il vendait le profit à retirer d'une terre en culture aussi bien que d'un pâturage. FEST., v° *Venditiones : Venditiones olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus locorum publicorum venibant.* Le mot *frui* avait ici un sens plus large qu'en droit privé où il ne designa, à l'origine, que la jouissance susceptible d'être detachée de la chose sous forme de fruits. A la fin de la République, on considère comme un fruit les loyers d'une maison, la *merces* provenant du louage d'un vêtement (ÆL. GALL., ap. GAIUS, *D.*, XXII, 1, 19.)

(4) GAIUS, *h. t.*, [*D.*, XIX, 2], 25, 3, 7.

parties une corrélation équitable : le locataire n'est obligé de payer le fermage que si le bailleur le fait jouir de la chose. Cette idée a été généralisée et appliquée au louage de choses, quel qu'en soit l'objet (1).

2. Louage de services et louage d'ouvrage. — Malgré la concurrence du travail servile, le louage de services a reçu de bonne heure une assez large application. Bien des gens n'avaient pas d'esclaves; ceux qui en avaient pouvaient, en certains cas, être forcés de recourir à des mercenaires. Le locateur promettait ses services en échange d'un salaire promis par le *conductor*.

Le louage d'ouvrage a pour objet un travail à effectuer à l'entreprise. Le *conductor operis faciendi* se charge du travail moyennant un salaire (2) que le locateur s'engage à lui payer (3).

La distinction de ces deux sortes de louage est en elle-même assez délicate et n'a été précisée qu'au temps d'Auguste. On s'étonnerait de la rencontrer au VI[e] siècle de Rome, si l'on ne savait qu'elle a été empruntée au droit public et qu'elle était faite d'après un critérium très simple : le louage d'ouvrage a pour objet l'exécution de travaux publics; le louage de services procure aux magistrats les services des appariteurs (4). De même en droit privé, le louage d'ouvrage a pour objet des travaux analogues à ceux que mettent en adjudication les censeurs (construction d'une maison, d'un navire, confection d'un objet d'art, nettoyage des vêtements de laine par un foulon) (5). Le louage de services comprend uniquement les services analogues à ceux que les appariteurs rendent aux magistrats (services des portefaix, crieurs publics, gardiens, journaliers employés à la culture, musiciens, danseurs, et même gladiateurs (6). Peu à peu, le louage d'ouvrage s'est développé aux dépens du louage de services : bien des travaux qu'un propriétaire faisait faire anciennement sous sa direction par des mercenaires ont été donnés à l'entreprise.

Au temps de Caton, l'exécution des engagements résultant du louage d'ouvrage a lieu d'après l'arbitrage d'un homme de bien. Les clauses

(1) Elle apparaît au temps de Cicéron : Serv., *h. t.*, 35; Ulp, 15. Cf. C. civ. 1709.

(2) En argent ou en nature. (Cat., *R. r.*, 14, 16, 137.) La *merces* était parfois fixée aux enchères. A l'exemple du censeur, les particuliers adjugeaient l'entreprise à celui qui demandait le salaire le moins élevé. Il semble résulter de Cat. (*R. r.*, 144, 4) qu'on prenait des mesures contre la fraude : on pouvait demander à l'adjudicataire de jurer qu'il ne s'était pas entendu avec ses concurrents et ne les avait pas pris pour associés.

(3) La *merces* est ici payée par le *locator*, tandis que dans le louage de choses et le louage de services, elle est payée par le *conductor*. Il y a là une singularité qui s'explique parce que le mot *locare* n'eut pas à l'origine de sens technique et que le droit privé a emprunté la terminologie usitée en droit public. *Locare* signifie placer et se dit du capitaliste qui place son argent à intérêt (Suet. *Aug.*, 39), du père qui marie sa fille (Marc, *D.*, XXIII, 2, 19; Paul, *eod.*, 38, 2, 59), de l'État qui confie un domaine à un fermier pour l'exploiter, un terrain à un entrepreneur pour y édifier une construction. (Cf. Paul, *h. t.*, 22, 2). *Conducere*, se dit du magistrat qui emmène avec lui l'appariteur qui lui a promis ses services.

(4) Le censeur avait seul qualité pour conclure une *locatio rei faciendæ*. Tout magistrat pouvait faire une *conductio operarum*. Cf. Pernice, *Sav. Z.*, IX, 242; Burkhardt, *Zur Geschichte der* locatio conductio, 1889.

(5) Cat., *R. r.*, 14; Gaius, III, 147.

(6) Cat., *R. r.*, 2, 13, 66, 145; Plaut., *Mil.*, 668; *Pseud.*, 165 : Ter., *Hec.*, prol., I, 4; II, 24-28; Gell., V, 3.

les plus importantes sont confirmées par une stipulation (1). Il en fut de même pour le louage de choses (2).

§ 2. Louage de choses. — La *locatio rei*, en droit classique, est un contrat par lequel le locateur promet de faire jouir le locataire (*præstare frui licere* (3) pendant un certain temps et moyennant une redevance. A cet égard, le louage ressemble à la vente (4). Mais il y a entre ces deux contrats une différence essentielle : le vendeur promet de mettre l'acheteur en mesure de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de fournir dans le présent et dans l'avenir ; le locateur ne promet que la jouissance, et cette promesse n'est que temporaire (5). Par suite, le louage implique des rapports successifs entre les parties ; il ne peut se réaliser *uno tractu temporis*.

Le louage ressemble également à l'usufruit : l'un et l'autre confèrent un droit à la jouissance temporaire d'une chose. Mais l'usufruitier a un droit réel ; le locataire n'a qu'un droit de créance (6). Le premier est protégé par une action réelle et des interdits quasi possessoires ; le second n'a qu'une action personnelle. A l'inverse, le droit de l'usufruitier est intransmissible ; celui du locataire se transmet d'ordinaire à ses héritiers.

1. Éléments essentiels. — Comme la vente, le louage exige pour sa formation trois conditions : *consensus, res, merces*. L'accord des parties est nécessaire, comme dans tous les contrats ; il est suffisant : aucune formalité n'est requise.

Le louage peut avoir pour objet toute chose corporelle dans le commerce, pourvu qu'on puisse en jouir sans la consommer par le premier usage (7). Parmi les choses incorporelles, on ne peut louer que l'usufruit et les services d'un esclave.

Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire ou usufruitier pour avoir le droit de louer une chose : le louage peut être consenti par un simple locataire, même par une personne qui n'a aucun droit sur la chose, comme un acheteur de bonne foi qui est ensuite évincé (8).

On ne peut prendre à bail sa propre chose (9), à moins que le locateur n'ait un droit opposable au propriétaire, par exemple, un usufruit ou un gage (10).

(1) Cat., *R. r.*, 144 : *Pretium ... et nummos fide bona solvat. Ibid.*, 144, 145 : *Viri boni arbitratu. Ibid.* 146 : *Recte hæc dari fieri... promittito.*

(2) Paul., *h. t.*, 54, 1. Il n'y a pas d'exemple d'*arbitrium ex locato conducto* pour le louage de choses avant Servius (ap. Afr., *h. t.*, 35, 2), ce qui ne veut pas dire qu'il n'ait pas été pratiqué antérieurement. Q. Mucius donne à cet *arbitrium* une portée générale (Cic., *De off.*, III, 17).

(3) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 9 pr. Cf. C. civ. 1709.

(4) Gaius, *h. t.*, 2 pr., 1.

(5) Ulp., *h. t.*, 39 : *Non solet locatio dominium mutare.*

(6) Conséquences : 1° le bailleur a le droit d'expulser le preneur, mais celui-ci peut réclamer une indemnité si le bailleur use de son droit contrairement à la bonne foi (Paul., *h. t.*, 54, 1) ; 2° en cas de vente, l'acheteur peut expulser le locataire sous réserve d'indemnité si, comme il est d'usage, le vendeur lui a imposé l'obligation de maintenir le preneur en jouissance (*h. t.*, 25, 1 ; Alex., *C.*, IV, 65, 9).

(7) Comme dans le commodat, les choses qui se consomment *primo usu* peuvent être louées *ad pompam et ostentationem*.

(8) Paul., *h. t.*, 7 ; 24, 1 ; Pomp., ap. Ulp., 9 pr. Alex., *C.* IV, 65, 6.

(9) Ulp., *h. t.*, 9, 6 ; Tert., *D.*, XLI, 2, 28.

(10) Ulp., *D.*, VII, 4, 29 pr ; Diocl., *C.*, IV, 65, 20 Flor., *D.*, XIII, 7, 35, 1.

2. Applications. — Les deux applications principales du louage de choses sont : le louage de maison et le louage de fonds de terre (1). L'exploitation directe des terres à l'aide d'esclaves ou de mercenaires n'était guère possible depuis que les grands propriétaires avaient perdu l'habitude de résider sur leurs domaines : elle n'aurait pas été rémunératrice. A l'exemple de l'État, ils afferment leurs terres à des *conductores* qui les divisent en parcelles pour les sous-louer à des colons chargés de la culture.

Ce mode d'exploitation ne fut d'ailleurs pas toujours très pratique : il était difficile de trouver de bons fermiers, et quand on en avait, on ne pouvait pas toujours les décider à renouveler leur bail aux mêmes conditions; on usait parfois de contrainte pour les retenir. Les empereurs et les jurisconsultes protestent contre cet abus (2). On favorisa du moins la prolongation du bail, soit en autorisant les enfants du colon à continuer la culture après la mort de leur père (3), soit en validant les baux conclus pour une durée indéterminée.

3. Obligations du bailleur. — *a*) Le bailleur est tenu de faire jouir le preneur : il doit lui procurer la jouissance de la chose et de ses accessoires pendant toute la durée du bail. Le preneur n'a pas cependant un droit réel comme l'usufruitier; le propre d'un droit réel est d'être absolu, indépendant de toute prestation obligatoire; or, le droit du preneur dépend du payement du loyer; le preneur n'a donc qu'un droit de créance. La construction de ce droit n'était pas sans difficultés : en cas d'inexécution d'une obligation, il est de principe que le créancier ne peut demander que des dommages-intérêts. Ce principe ne pouvait ici être appliqué : le but que le locataire d'une maison, par exemple, se propose d'atteindre, serait manqué si, au lieu du logement sur lequel il compte pour abriter sa famille, on lui offrait une indemnité. La jurisprudence a résolu le problème par un compromis : le louage est resté un simple rapport obligatoire, mais le preneur peut exiger qu'on le fasse jouir (4). Le bailleur doit faire les réparations nécessaires, procurer au preneur les accessoires qui sont le corollaire forcé de la jouissance.

b) Le bailleur est responsable de toute faute commise dans l'exécution de sa promesse, à moins qu'il n'en résulte pas de dommage appréciable pour le locataire, lors par exemple qu'il y a eu un léger retard dans la mise en jouissance (5). Il est même responsable du fait d'un tiers qui empêche le locataire de jouir : il doit une indemnité non seulement pour le préjudice matériel, mais aussi pour le gain dont le locataire a été privé. Si cependant le bailleur n'a pu lever l'obstacle à la jouissance par suite d'un cas de force majeure, il doit seu-

(1) Il faut y joindre le louage d'un entrepôt *(horreum)* ou d'un local dans cet entrepôt. Sur les particularités de ce louage, cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 1288.
(2) Callistr., D., XLIX, 14, 3. 6. Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 432.
(3) Colum., I, 7, 3.
(4) P. 264. Ulp., *h. t.* 15, 1; Gaius, 25, 2, Nerat., 19, 2; Paul, 24, 4. Le bailleur peut, en cas de nécessité, substituer une chose équivalente à celle qui ne peut pas être utilisée, une maison habitable à une maison à étayer. Lab., 60 pr.
(5) Ulp., *h. t.*, 19, 5; Diocl., *C.*, IV, 65, 28; Paul *h. t.*, 24, 4.

lement faire remise du loyer ou le restituer s'il l'a touché (1).

c) Le bailleur doit garantie contre l'éviction alors même qu'on ne peut lui reprocher ni dol ni faute (2). Le locataire ne peut invoquer l'édit des édiles sur les vices rédhibitoires; mais si les vices l'empêchent de jouir de la chose, il a droit à une indemnité ou tout au moins à une remise du loyer (3).

d) Le bailleur doit rembourser les dépenses nécessaires ou utiles faites par le preneur (4).

4. Obligations du preneur. — a) Le preneur doit payer la redevance convenue aux époques fixées dans le contrat. Cette obligation est corrélative à celle de faire jouir : elle cesse quand le bailleur est hors d'état de maintenir le preneur en jouissance, lors, par exemple, que la chose a péri par cas fortuit. Il en est de même si le locataire a quitté la maison par crainte d'un danger ; alors même que ce danger ne serait pas réel, si la crainte est fondée sur une juste cause, le loyer n'est pas dû. Mais le locataire doit souffrir un trouble momentané apporté à sa jouissance par le propriétaire, s'il n'en résulte pas pour lui un trop grand préjudice (5).

Le locataire qui, par force majeure et sans sa faute, a été privé de la jouissance, a droit à une remise du prix du bail, proportionnée à la privation qu'il a subie. Il en est de même lorsque la récolte a péri par un cas de force majeure (6); mais si, les années suivantes, la récolte est abondante, le bailleur peut réclamer le loyer qu'il n'a pas perçu. La remise est proportionnée à l'importance du dommage, déduction faite de la valeur des semences (7); elle n'est pas due si le dommage est modique ou si le fermier est un colon partiaire (8).

La *merces* (9) consiste ordinairement en argent; mais aucun texte classique ne présente cette condition comme essentielle. Il en est autrement au Bas-Empire : la *merces* doit, comme le *pretium* dans la vente, consister en argent monnayé (10). Pour le louage d'un fonds de terre, on a

(1) Jul., ap. Afr., *h. t.*, 33 *ad finem*.

(2) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 9 pr.

(3) Ulp., *D.*, XXI, 1, 63; Cass., *h. t.*, 19, 1; Serv., Lab., Sab., *eod.*

(4) Scæv., *h. t.*, 61 pr., Paul, *h. t.*, 55, 1. Le locataire a le droit d'enlever la porte ou toute autre chose qu'il a ajoutée à la maison, pourvu qu'il ne détériore pas la construction (Cf. p. 262, 4.)

(5) Alf., *h. t.* 30, 1; 27, 1.

(6) Ulp., h. t., 11, 1; Mela, ap. Ulp., 19, 6; Serv., *eod.*, 15, 2 : inondation, tremblement de terre, maladie des arbres fruitiers, geais, étourneaux, charbon, etc.

(7) Pap., *h. t.*, 15, 4; Ulp., 15, 7. Cf. C. civ. 1769-1771.

(8) Gaius, *h. t.*, 25, 6 : *Apparet autem de eo nos colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

(9) On oppose parfois *merces* à *pensio* (Gaius, *D.*, XXXIX, 5, 11. Cf. Savigny, IV, 45, h.) qui désigne alors le loyer d'une maison (Ulp., *D.*, V, 3, 27, 1 et 29; XXII, 1, 36; XXIV, 3, 7, 11, XXX, 39, 1). *Pensio* se dit aussi du loyer d'un fonds de terre : Paul, *D.*, XXXII, 27, 2; V, 1, 36, 1.

(10) Les scolies des Basiliques (Heimbach II, 334) le prouvent. Cette doctrine paraît motivée par une fausse interprétation de deux textes de Gaius et d'Ulpien (Cf. Ferrini, *Archiv civ. Pr.*, LXXXI, 1). Les rédacteurs des Institutes (III, 24, 2) ont conclu de Gaius, III, 144, que le louage donna lieu, comme la vente, à une controverse entre les Sabiniens et les Proculiens sur le point de savoir si la *merces* pouvait consister en une chose autre que l'argent. Cette conclusion n'est pas exacte ; la controverse n'a pas eu pour le louage une portée générale, car, dans la plupart des cas, il n'y avait

admis de tout temps que la redevance pourrait être fixée en nature (1). Cette redevance consiste soit en une quantité prise sur la récolte, soit en une quotité de cette récolte (2); dans ce dernier cas, le louage porte le nom de *colonat partiaire* (3). Parfois la redevance a un caractère mixte : elle comprend un loyer en argent et des prestations accessoires en nature (4).

Pour garantir le payement des loyers d'une maison (5), il était d'usage d'affecter les meubles du locataire au gage du locateur. C'était à celui-ci à prendre les mesures nécessaires pour prévenir un déménagement furtif, en fermant l'accès de l'escalier de l'appartement (6). De son côté, le locataire fut protégé contre l'abus de pouvoir du propriétaire : lorsqu'il prouvait qu'il avait payé son loyer, le Préteur lui promit un interdit *de migrando*. Défense était faite au bailleur de s'opposer à l'enlèvement des meubles (7). — Pour les baux à ferme, le colon affectait à la sûreté de sa dette son matériel d'exploitation. Le bailleur non payé avait l'interdit Salvien pour se mettre en possession des objets engagés (p. 664).

b) Le preneur doit user de la chose en bon père de famille (8). Il est responsable du fait des gens à son service; il doit même veiller à ce qu'un tiers n'usurpe un droit au préjudice du bailleur ou ne détériore la chose louée (9). Le preneur a le droit de sous-louer, sauf convention contraire (10).

c) A la fin du bail le preneur doit restituer la chose et ses accessoires,

aucune difficulté à distinguer le locateur du locataire : il en était autrement dans le cas du § 144. Le texte d'Ulpien (*D.*, XVI, 3, 1, 9) cité par Stéphane, n'est pas plus probant, et s'explique de même : il prévoit le cas où l'un des contractants se charge de la garde d'un esclave moyennant l'autorisation d'utiliser ses services. Ici encore on ne peut distinguer le locateur du locataire. La raison *quia pecunia non datur* s'explique par l'antithèse établie par Ulpien entre le cas qu'il examine et celui dont il a parlé au commencement du texte : *Si merces intervenit custodiæ, puto esse actionem... ex conducto*. On a souvent invoqué Paul (D., XIX, 5, 5, 2) pour prouver qu'à l'époque classique la *merces* devait consister en argent. Il est aujourd'hui reconnu que ce texte a été interpolé (p. 502, 9).

(1) Cic., *Verr.*, III, 32, 75; 33, 77. Varron parle également d'une redevance en nature pour le louage de ruches (*R. r.*, III, 16, 10). Sous l'Empire, la même règle fut observée. Afr., *h. t.*, 35, 1 ; Alex., *C.*, IV, 65, 8 ; Diocl., *eod.*, 21.

(2) Plin., *Ep.*, IX, 37; Gaius, *h. t.*, 25, 6; cf. Cic., *p. Cæc.*, 32 : *Rationes a colono accepit.* Inscr. d'Hr Mettich, I, 21-24 : *Partes fructuum et vinearum... cujusque generis habet, præstare debebunt.* C'est là aussi sans doute le sens des *partes agrariæ* du *saltus Burunitanus*. Cette redevance pouvait être remplacée par des corvées, par des journées d'hommes ou de chevaux (*operarum præbitio jugorumve*). *CIL*, VIII, 10570.

(3) Sur les particularités de cette convention, cf. Ed. Cuq, *Le colonat partiaire*, 1897.

(4) Col., *R. r.*, I, 7, 2.

(5) Cf. C. civ. 1752; 2102, 1.

(6) Cela s'appelait *percludere*. Les esclaves du locataire ne pouvaient pas même sortir de la maison: il était interdit de les affranchir pour ne pas compromettre le droit du bailleur. (Paul, *D.*, XX, 2, 9.) Cf. Ed. Cuq *Une statistique de locaux affectés à l'habitation*, p. 32; 43. Ulpien (*h. t.*, 19, 5) cite le cas d'un propriétaire qui avait seulement rétréci l'accès de l'appartement pour empêcher le locataire de faire enlever son coffre-fort.

(7) Ulp., *D.*, XLIII, 32, 1 pr. Cet interdit est connu de Labéon. (*Ibid.*, 1, 4.)

(8) *Ibid.*, 25, 3, 4; Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 11, 4; Pomp., 11 pr. Cf. p. 605, 1.

(9) Ulp., *h. t.*, 11, 2. Il répond également de l'incendie résultant d'un cas fortuit lorsque le bail contient la clause *ut innocentem ignem habeat. Ibid.*, 9, 3; 11, 1.

(10) Lab., *h. t.*, 60 pr.; Paul, 7; 24 pr. Cf. C. civ. 1717.

le tout en bon état, sauf le cas de vétusté ou de force majeure (1). Si l'*instrumentum fundi* lui a été remis sur estimation, la perte fortuite est à sa charge (2).

5. Extinction du louage. — Le louage prend fin au terme fixé par le contrat. Ce terme était ordinairement d'un an pour les maisons, de cinq ans pour les fonds de terre (3). Le bail peut se renouveler par une convention expresse, ou tacitement lorsque le preneur conserve la chose sans opposition du bailleur. D'après un usage emprunté au droit public, la *tacite reconduction* est d'un an pour les fonds de terre (4). Si le louage a été conclu sans terme, il prend fin par la volonté du bailleur ou du preneur (5).

Le locataire a le droit de se retirer lorsque le bailleur ne lui assure pas la jouissance de la chose conformément au contrat, et d'une manière générale toutes les fois qu'il a une juste cause de partir avant la fin du bail; dans tout autre cas le bailleur peut exiger des dommages-intérêts (6). Le louage s'éteint lorsque le preneur cesse, pendant deux ans, de payer le loyer, ou lorsqu'il abuse de la jouissance (7). Il s'éteint également lorsque la chose périt par cas fortuit (8).

Lorsque le bail à ferme est consenti pour un temps déterminé, il est défendu au bailleur de congédier le fermier contre son gré, au fermier de se retirer avant la fin du bail. Pour assurer l'observation de cette double défense, il était utile de fixer d'avance, par des stipulations de peines réciproques, les dommages-intérêts dus en cas de contravention (9).

Le bail à ferme peut être conclu pour le temps que le bailleur voudra; en pareil cas, il cesse au gré du bailleur et au plus tard à son décès. Cette clause, qui dénote un abaissement notable de la condition sociale des fermiers, a été usitée en Égypte aux v[e] et vi[e] siècles (10).

Une loi de Zénon, dont on n'a que le résumé, permet au locateur et au locataire de renoncer au louage dans l'année du contrat, et cela sans encourir la peine convenue pour inobservation du contrat. Le lien de droit, résultant du louage de chose, peut donc être brisé au gré de l'une des parties (11). Cette disposition exorbitante a eu vraisemblablement pour but de protéger les faibles contre les entreprises des puis-

(1) Gaius, *h. t.*, 25, 3; Alf., *h. t.*, 30, 4.
(2) Proc., ap. Pomp., *h. t.*, 3; Paul, *h. t.*, 54, 2.
(3) Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 1; Ulp., 13, 11; Paul, 24, 4. Cet usage fut emprunté au droit public : les baux consentis par les censeurs avaient une durée égale à celle de leur charge, soit un lustre. Cf. Esmein, *Mélanges*, 224, 2.
(4) Pour les maisons, il n'en était pas de même (Ulp., 13, 11), à cause du droit du bailleur de congédier le locataire. Mais si le locateur a renoncé à son droit en s'engageant par écrit pour un temps déterminé, on applique la même règle qu'aux fonds ruraux. Cf. C. civ. 1738, 1759.
(5) Alex., *C.*, IV, 65, 6. La distinction du bail sans terme prélix et du bail à terme ressort de Gord., *eod.*, 10 : *conductio perpetua* et *conductio temporalis*.
(6) Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 1.
(7) Paul, *h. t.*, 54, 1, 56; Carac., *C.*, IV, 65, 3.
(8) Alf., *h. t.*, 27, 1; Paul, *h. t.*, 55, 2; 24, 2.
(9) Paul, *h. t.*, 54, 1.
(10) Pomp., *h. t.*, 4. *P. Giessen*, 50. *P. Caire*, 67109 du 18 juillet 565, πρὸς ὅσον βούλεστε χρόνον; 67110, l. 14 : πρὸς ὅλον χρόνον τῆς ἐμῆς ζωῆς. Cf. Waszynski, *Die Bodenpacht*, 1905, p. 90; Mitteis, *Hermes*, XXX, 606.
(11) *C.*, IV, 65, 34. Cf. sur cette loi célèbre, Monnier, *Études de droit byzantin*.

sants (1). Ceux-ci pouvaient abuser de leur situation de deux manières : en imposant la location d'une de leurs terres à des conditions onéreuses pour le preneur ; en se faisant concéder la location d'une terre à des conditions désavantageuses pour le bailleur. Dans l'un et l'autre cas, celui qui n'avait pu résister à la pression dont il avait été l'objet avait, pendant un an, le droit de se dédire.

Le louage de maisons est soumis à une règle spéciale : le locateur peut congédier le locataire quand il a besoin de sa maison pour l'habiter ou pour la réparer (2). De son côté le locataire sans terme peut, à moins de convention contraire, s'en aller quand il veut (3).

La mort de l'une des parties n'est pas en général une cause d'extinction du louage (4).

§ 3. **Louage de services.** — La *locatio operarum* comprend des services qui n'exigent en général ni un art ni une industrie spéciale. Ils sont susceptibles d'être évalués en argent ; ils doivent s'appliquer à une chose corporelle fournie par celui qui a commandé le travail ; ils ne consistent jamais en un fait juridique. Ce sont des services rendus par des mercenaires *(illiberales et sordidi quæstus)*. Les services d'une nature plus relevée, ceux qui exigent des connaissances spéciales *(artes liberales)*, sont dans une catégorie à part : ils sont rémunérés, non par un salaire, mais par des honoraires ; ils donnent lieu à une *persecutio extra ordinem*.

Le louage de services oblige le *locator* à fournir les services qu'il a promis pendant le temps convenu (5) ; le *conductor* doit payer la *merces*. La *merces* est due, même si le travail n'a pas été fait sans qu'on puisse rien reprocher au *locator ;* mais celui-ci doit justifier d'un préjudice en prouvant, par exemple, qu'il n'a pu louer ailleurs ses services (6).

(1) Rien de pareil pour le louages de services : voir les mesures prises par Zénon contre les grèves d'ouvriers en bâtiment (*C.*, VIII, 10, 12, 9). Cf. Waddington, *Inscriptions grecques et latines de l'Asie Mineure*, III. 209.

(2) Carac., *C.*, IV, 65, 3. D'après Eisele (*Sav. Z.*, X, 30), la fin de ce rescrit a été interpolée : le droit de donner congé n'a été conféré au bailleur que par Justinien. Si cette manière de voir est exacte, c'est un argument très fort en faveur de l'opinion qui déclare la loi de Zénon inapplicable au louage des maisons : à quoi bon interpoler un texte pour donner au bailleur dans deux cas un droit qui lui appartiendrait d'une manière générale ?

(3) Cette opinion, que l'on peut considérer comme l'opinion commune et qui est conforme à l'usage moderne, est écartée par Mitteis (*Sav. Z.*, XXII, 138). Il soutient, sans distinguer entre le bail à terme et le bail sans terme, que le locataire ne peut jamais s'en aller quand il veut. Ulp., *D.*, XLIII, 32, 1, 4, dit le contraire : *Ita tamen si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare.* Mais ce texte aurait été interpolé : la réserve qu'il contient serait l'application de la partie finale de la loi de Zénon qui permet aux contractants de renoncer au droit de rompre le bail. Cette assertion est contestable : 1° la loi de Zénon confère le *jus pœnitendi* pendant un an ; d'après Ulpien le délai peut être différent : *vel certum tempus ;* 2° la loi de Zénon n'a été appliquée aux maisons que bien après Justinien ; 3° elle serait inexplicable si la renonciation au *jus pœnitendi*, autorisée dans sa partie finale, avait été admise dès l'origine : le plus ancien texte qui s'y réfère est de 741. Cf. Monnier, *Études*, II, 119, 114.

(4) Ulp., *h. t.*, 19, 8 ; Gord., *C.*, IV, 65, 10. Au temps de Labéon, l'héritier d'un colon n'était pas de plein droit colon : *Heres coloni quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo* (*h. t.*, 60, 1). Cf. C. civ. 1742 ; mais le colonat partiaire est résolu par la mort du preneur : loi du 18 juillet 1889, a. 6.

(5) Val., Gall., *C.*, IV, 65 14 ; Diocl., *eod.*, 22 ; Ulp., *h. t.*, 26. Cf. C. civ. 1780.

(6) Paul, *h. t.*, 38 pr. ; Sev., Carac., ap. Ulp., *h. t.*, 19, 9.

Le *locator* répond de son dol et de sa négligence; on lui impute à faute de ne pas connaître son métier (1).

Le petit nombre de textes relatifs au louage de services prouve le peu d'importance de ce contrat chez les Romains. C'est un des points sur lesquels le droit romain est un guide insuffisant pour le droit moderne. Aujourd'hui le contrat de travail, les rapports entre l'ouvrier et le patron soulèvent un grand nombre de questions que la loi et la jurisprudence se sont efforcées de réglementer. Cette différence entre le droit romain et le droit moderne tient à deux causes : d'abord un grand nombre de travailleurs étaient de condition servile ; puis ceux-là même qui étaient de condition libre étaient souvent en fait sous la dépendance du patron : ils faisaient partie de sa maison et, sans être esclaves, ils étaient *servorum loco* (2). Si le droit romain n'a pas prévu la plupart des questions que soulève la pratique moderne, il a du moins montré avec quel esprit d'équité on devait les résoudre. Il suffit de rappeler que le patron ne peut congédier arbitrairement les ouvriers qu'il a pris à son service pour un travail ou pour un temps déterminés (3); qu'il doit une indemnité aux ouvriers et aux apprentis qui ont été blessés à son service, même par imprudence (4).

§ 4. Louage d'ouvrage. — Le louage d'ouvrage a pour objet, non plus les services d'un mercenaire, mais un travail à effectuer à l'entreprise (5) comme la construction d'une maison ou d'un navire, le tissage d'un vêtement, le transport de marchandises (6) ou de voyageurs (7), la célébration de funérailles. La *merces*, au lieu d'être proportionnée à la durée des services, est fixée à forfait (8).

Si l'entrepreneur a des matériaux à fournir, cela ne devrait pas en principe modifier la nature du contrat : telle est en effet la règle admise en cas de construction d'une maison (9). Mais dans tout autre cas on estime que les matériaux sont l'objet principal du contrat : par suite il y a vente et non louage. Cette opinion, qui n'a pas été admise sans résistance, a fini par prévaloir (10).

Lorsque le *locator* fournit à l'entrepreneur la matière, il peut l'autoriser à en employer une autre équivalente : dans ce cas, l'entrepreneur devient propriétaire comme s'il y avait eu *mutuum*; les cas fortuits sont à sa charge. Le contrat conserve cependant le caractère de louage

(1) Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 5. Cf. Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 29.

(2) Ulp., *D.*, VII, 8, 4 pr.; Paul, *D.*, XLVII, 2, 90, assimile le mercenaire à l'affranchi et au client quant au vol commis au préjudice du patron : l'action *furti* ne peut être intentée contre lui. Cette règle doit sans doute être restreinte au mercenaire qui habite avec son patron; dans ce cas, le patron devait avoir sur lui, comme sur un affranchi, un pouvoir disciplinaire.

(3) Ulp., *h. t.*, 19, 9. C'est une différence avec le louage de choses.

(4) Jul., ap. Ulp., *D.*, IX, 2, 5, 3. Cf. le Code du travail du 28 décembre 1910.

(5) Cf. Lab., ap. Paul, *D.*, L, 16, 5, 1. Voir p. 340, 6, une conséquence de la distinction du louage de services et du louage d'ouvrage.

(6) Alf., *h. t.*, 31; Ulp., *D.*, IV, 9, 3, 1. Cf. C. civ. 1782-1786.

(7) *Vectura*, Quint., *Decl.*, 12; Ulp., *D.*, XXIV, 1, 21 pr. *Velatura*, Varr., L. *l.*, V, 44.

(8) Cf. l'édit de Dioclétien, *de pretiis*, *C.I.L.*, III, p. 801-841.

(9) Pomp., *D.*, XVIII, 1, 20. Cf. C. civ. 1787.

(10) Gaius, III, 147; Sab., ap. Pomp., *l. c.*; Jav., *D.*, XVIII, 1, 65. D'après Cassius il y a ici à la fois vente de matériaux et louage de services. *Inst.*, III, 24, 4.

(locatio conductio irregularis), car l'entrepreneur doit exécuter un travail et recevoir une *merces* (1).

L'entrepreneur est tenu de remplir son engagement dans le délai convenu et de la manière fixée par le contrat. Il peut d'ailleurs faire exécuter le travail par un sous-entrepreneur (2). En tout cas, il est responsable des auxiliaires qu'il emploie (3).

De son côté, le *locator* doit payer la *merces* soit en une seule fois après l'achèvement du travail, soit en plusieurs fois pendant l'exécution, suivant l'état d'avancement du travail (4). Le travail doit au préalable avoir reçu l'approbation du maître. Cette approbation ne peut être refusée arbitrairement; on doit se conformer à l'usage des honnêtes gens (5).

Tant que l'ouvrage n'a pas été approuvé et sauf le cas de force majeure, les risques sont pour l'entrepreneur (6) qui est présumé en faute. Cette présomption est écartée si l'entrepreneur prouve que la perte est due à un vice de la matière fournie par le maître, ou à toute autre cause imputable au maître (7).

La règle sur la responsabilité de l'entrepreneur s'applique au cas où le louage a été fait *aversione*, c'est-à-dire pour un prix fixé en bloc et qui doit être payé de même. Si la *merces* doit être payée par fractions, l'entreprise se composant de plusieurs parties distinctes, l'approbation d'une ou de plusieurs parties par le maître décharge l'entrepreneur de toute responsabilité.

§ 5. **Transports maritimes.** — Cette entreprise est soumise à une règle empruntée à la loi Rhodia *de jactu* (8) : lorsqu'un navire se trouve en danger et que le capitaine a dû, pour le salut commun, jeter à la mer une partie du chargement, la perte se répartit entre tous les chargeurs et le propriétaire du navire proportionnellement à leur intérêt (9). Il y a ce qu'on appelle aujourd'hui *avarie commune* (10). La même règle s'applique lorsqu'on a fait tout autre sacrifice pour le salut com-

(1) Pomp., *D.*, XXXIV, 2, 34. Il en est de même lorsque plusieurs personnes chargent en vrac du blé sur le même navire, et que le capitaine s'engage à rendre à chacune une quantité égale à celle qu'on lui a confiée. Alf., *h. t.*, 31. Cf. Pellat, *Textes choisis*, p. 41.

(2) Lab., *h. t.*, 60, 3. Marcel., *h. t.*, 48 pr.

(3) Arg., Nerat., ap. Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 4. Ulp., *h. t.*, 11 pr. Cf. C. civ. 1797.

(4) Jav., *h. t.*, 51, 1 : *Non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit.*

(5) Paul, *h. t.*, 24 pr. Cf. C. civ. 1791.

(6) Lab., *h. t.*, 62; Jav., 59; 37. Cf. Code de Hammourabi, a. 228.

(7) Paul, *h. t.*, 62; Flor., 36. Cf. C. civ. 1792.

(8) Sur une édition de cette loi du temps de Léon l'Isaurien (717-741), Dareste, *Rev. philol.*, 1905, p. 1-29. Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4e éd., VI, 960.

(9) Paul, *D.*, XIV, 2, 1; 2, 2. La contribution se calcule d'après la valeur vénale du navire et des marchandises sauvées. Si le navire périt en continuant sa route, les propriétaires des objets jetés à la mer n'ont droit à aucune indemnité; il en est autrement si une partie des marchandises qui ont péri avec le navire a été retirée de la mer par des plongeurs. Sab., ap. Callist., *h. t.*, 4, 1; Herm. 5 pr. Pour le vol des objets jetés à la mer, Ulp., *D.*, XLVII, 2, 45, 11. Cf. C. Co. 397-429.

(10) Une autre règle spéciale aux transports maritimes concerne les détournements autres que le vol, commis par le capitaine au préjudice des chargeurs; il est passible d'une action *oneris aversi* qui est vraisemblablement pénale et remonte à une époque où l'action *locati* n'existait pas encore.

mun : lorsqu'on a coupé l'un des mâts du navire ou déchargé une partie des marchandises sur une allège qui a fait naufrage; lorsque, capturé par les pirates, on a dû payer une rançon (1). Les chargeurs, dont les marchandises ont péri, ont l'action *locati* contre le capitaine pour obtenir la quote-part qui leur est due; le capitaine à son tour a l'action *conducti* contre les chargeurs dont les marchandises ont été sauvées, pour leur faire payer leur quote-part (2). En cas de naufrage, l'armateur n'a pas droit au payement du fret, mais il n'est pas responsable de la perte du chargement, à moins d'une faute imputable au capitaine (3).

III. Le mandat.

Le mandat est un contrat consensuel par lequel une personne charge une autre personne, qui accepte, de lui rendre gratuitement un service (4). Ce service consista d'abord en un acte de gestion accompli sur la chose d'autrui (5). On étendit la notion de mandat au service que rend une caution en garantissant le payement d'une dette (6), un créancier en acceptant de vendre les biens d'un débiteur insolvable pour le compte de tous les créanciers (7). A cette époque, le mandat était spécial. On l'appliqua ensuite à l'administration des biens d'une personne (8), et dès lors le mandat put être général (9). Dans tous les cas, le mandataire joue un rôle actif, en quoi il se distingue du dépositaire

(1) PAP., *eod.*, 3. CALLISTR., *eod.*, 4 pr.; SERV., OFIL., LAB., 2, 3.

(2) C'est là une particularité du droit romain. Tandis qu'en droit moderne, le capitaine a seulement le devoir de provoquer la répartition des pertes et des dommages par les soins des experts commis à cet effet, à Rome c'est lui qui fait la liquidation. De ce que les actions données au capitaine ou contre lui sont les actions résultant du louage, il ne faut pas en conclure que les droits réciproques du capitaine et des chargeurs dérivent du contrat de transport. Le capitaine n'est pas débiteur, envers chacun des chargeurs, de la somme qui lui revient dans la liquidation; il n'est pas responsable de l'insolvabilité de l'un d'entre eux (PAUL, *eod.*, 2, 6). Le capitaine doit simplement user du droit de rétention sur les marchandises qui se trouvent sur le navire et qui appartiennent aux chargeurs soumis à la contribution (SERV., *eod.*, 2 pr.) Si la jurisprudence a utilisé les actions *locati conducti*, c'est qu'en raison de leur caractère de bonne foi, elles fournissaient un moyen commode de régler la situation nouvelle résultant de l'avarie commune. En réalité ces actions ont été étendues en dehors de leur sphère normale d'application. Cf. Ed. CUQ, v° *Naufragium* (*Dict. Antiq.* IV, 7).

(3) LAB., ap. ULP., *D.*, IV, 9, 3, 1; GAIUS, *D.*, VI, 1, 36, 1; ULP., *D.*, XIX, 2, 13, 2. Les transports maritimes, faits pour le compte de l'État, sont soumis à des règles spéciales. Cf. Ed. CUQ., *loc. cit.*, IV, 8.

(4) PAUL, *h. t.*, [*D.*, XVII, 1], 22, 11. CIC., p. *Rosc. Amer.* 38. Le fils de famille, l'esclave administrateur d'un pécule peuvent constituer un mandataire. LAB., ap. ULP., *D.*, III, 3, 33 pr. Cf. JUL., *eod.*, 8 pr.

(5) *Rem mandatam gerere*: CIC., *l. c.* PLAUT., *Bacch.* 476; *Merc.* 377. D'après l'étymologie, *mandare* signifie « mettre en main ». BRÉAL et BAILLY, *Dict. étymol. latin*, 180. Cf. C. civ., 1984.

(6) JAV., *h. t.*, 51; JUL., 33; 37; CELS., 50.

(7) PAUL, *h. t.*, 22, 10. Le texte a été interpolé : l'original devait porter *magister bonorum curatorve ejus*. (Cf. *CIL.* I, 200, l. 57). On a supprimé les deux premiers mots parce que la *bonorum venditio* n'existait plus sous Justinien.

(8) Procuratelle des biens d'un absent exercée en vertu d'un mandat (LAB., ap. ULP., *h. t.*, 8 pr., NERAT., ap. ULP., *D.*, XXI, 2, 25, 3). Mandat général donné par une personne présente (ULP., *D.*, III, 3, 5; 7; *P. Berlin*, 300 de l'an 148).

(9) On distingua d'abord le *procurator* du mandataire. ULP., *D.*, III, 3, 1 pr. : *quamvis quidam .. non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse... Sed verius est eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.*

dont le rôle est presque entièrement passif, et du messager (p. 388).

§ 1er. **Conditions de validité.** — Le mandat doit avoir un objet licite et qui n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs (1). Il a ordinairement pour objet un acte juridique relatif au patrimoine (vendre, acheter, payer, prêter, emprunter, faire adition d'une hérédité (2); il peut aussi avoir pour objet un acte matériel (nettoyage ou réparation d'un vêtement) (3).

Le mandat a reçu des applications soumises à des règles spéciales : tel est le mandat *pecuniæ credendæ* qui est un mode de cautionnement, le mandat *ad litem* par lequel un plaideur charge un tiers d'exercer une action en justice ou d'y défendre, le mandat *in rem suam* qui est un mode de cession de créances (4).

Le mandat doit présenter un intérêt pécuniaire pour le mandant (5). Le mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire est un simple conseil (6) et n'engendre aucune obligation, à moins que le mandant n'ait pris la responsabilité du conseil qu'il a donné (7). Le mandat dans l'intérêt d'un tiers est nul (8).

Le mandat est gratuit. C'est un service d'ami (9). En cela il diffère du louage qui donne lieu à un salaire.

Mais on peut promettre des honoraires sans dénaturer le mandat (10). Le mot *honorarium* désigne la rémunération de tous les services qui ne font pas l'objet d'un louage (11). Cette rémunération n'a pas le caractère d'un payement : c'est une façon d'honorer une personne à

(1) Gaius, III, 157; *D.*, XVIII, 1, 35, 2; Paul, *h. t.*, 22, 6; Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 14. Le mandat donné frauduleusement pour nuire au mandataire engendre une obligation délictuelle, sanctionnée par l'action de dol. Ulp., *D.*, L, 17, 47 pr.; *h. t.*, 10, 7.

(2) Gaius, *D.*, XVIII, 1, 35, 3; Jav., *h. t.*, 36, 1 et 3; Paul, 45, 4; Ulp., 10, 8; *D.*, XLIV, 4, 4 pr.; Pap., *D.*, III, 5, 31 pr.; Jul., *h. t.*, 32.

(3) Gaius, *D.*, XIX, 5, 22.

(4) Il faut y joindre les cas de l'*adstipulator* et de l'*adjectus solutionis gratia*.

(5) On ne considère pas comme tel le mandat *quærendi mariti filiæfamilias*, Pap., *D.*, XXIII, 2, 34 pr.

(6) Une lettre de recommandation n'est pas un mandat. Ulp., *h. t.*, 12, 12.

(7) Gaius, III, 156. Cf. p. 653, 5.

(8) S'il peut être considéré comme un acte de gestion d'affaires, il est valable dès que le mandataire s'est immiscé dans les affaires du tiers; le mandant a dès lors intérêt à l'exécution du mandat en raison de sa responsabilité vis-à-vis du tiers. Gaius, *h. t.*, 2; Ulp., 6, 4; 8, 3 et 6.

(9) Jav., *h. t.*, 36, 1; Paul, 1, 4; Ulp., *D*, XI, 6, 1 pr.

(10) La notion d'honoraires s'applique à quatre classes de personnes : 1° A celles qui rendent un service gratuit, mais que l'on indemnise parfois des dépenses et de la perte de temps que leur causent les soins donnés aux affaires d'autrui : mandataires, tuteurs, dépositaires; 2° Aux personnes exerçant une profession libérale : *mensores*, avocats, professeurs, médecins; 3° Aux nourrices pendant la durée de l'allaitement; 4° Aux fonctionnaires. Le trait commun de leur situation, c'est que le service à rénumérer n'est pas rendu dans une pensée de spéculation. Le médecin, l'avocat n'entend pas réaliser un gain, faire une bonne affaire en soignant un malade, en plaidant pour autrui. Mais à côté de ce caractère commun, il y a des raisons particulières à chaque classe de personnes : on ne peut assimiler par exemple cenx pour qui les honoraires sont un moyen d'existence et ceux qui les reçoivent à titre exceptionnel, comme un tuteur ou un dépositaire. Cf. Ed. Cuq, v° Honorarium (*Dict. Antiq.*, III, 241-243).

(11) Ulp., *h. t.*, 6 pr. La question n'est pas purement théorique : le mandat est révocable, le louage de services ne l'est pas. Le mandant qui, ayant subi des revers de fortune, trouve trop onéreux de continuer à payer des honoraires à son mandataire, peut le remercier. Le *locator operarum* ne peut être congédié sans indemnité.

qui nous devons moins un service qu'un bienfait (1). Aussi ne peut-on réclamer les honoraires par les voies ordinaires de la procédure : au lieu de l'action *mandati*, on a recours à une *persecutio extra ordinem* (2).

Les honoraires servent à compenser un préjudice (3). Ils peuvent être accordés par le juge lorsqu'ils n'ont pas été promis d'avance (4). L'indemnité, attribuée au mandataire à titre d'honoraires, s'applique soit à la perte qu'il a subie en sacrifiant une partie de son temps dans l'intérêt du mandant (5), soit aux dépenses qu'il a dû faire (6).

§ 2. **Obligations résultant du mandat.** — Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait : il oblige directement le mandataire, éventuellement le mandant. (C. civ. 1991, 1998.) Les obligations du mandataire sont sanctionnées par l'action *mandati directa*, celles du mandant par l'action *mandati contraria* (7).

a) Le mandataire est tenu de rendre le service qu'il a promis et de se conformer aux instructions qu'il a reçues. Il ne peut s'en écarter, même si l'affaire qu'il voudrait conclure est plus avantageuse que celle dont il est chargé (8). Il peut toutefois se substituer un tiers pour remplir le mandat à sa place, sauf convention contraire ou lorsqu'il s'agit d'un mandat *ad agendum* (9).

Le mandataire doit rendre compte de l'exécution du mandat et remettre au mandant tout ce qu'il a reçu (10).

Il répond de toute faute commise dans l'exécution du mandat : il doit se comporter en bon père de famille (11).

b) Le mandant est tenu de rembourser au mandataire tout ce qui a été dépensé de bonne foi pour l'exécution du mandat, alors même que le mandant aurait pu le faire à moindres frais. Il doit également rembourser les intérêts des sommes avancées par le mandataire (12). Enfin il doit décharger le mandataire de toutes les obligations qu'il a contractées; mais il n'est pas responsable des pertes subies par le mandataire lorsqu'il y a force majeure (13).

(1) Ulp., *D.*, XI, 6, 1 pr. : *Nec crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse; sed magis operam beneficii loco præberi.*

(2) Pap., *h. t.*, 7; Sev., Carac., *C.*, IV, 35, 1. Cf. Ulp., *D.*, L, 13, 1.

(3) Jav., *h. t.*, 36, 1. Cf. Callistr., *D.*, XXVI, 7, 33, 3.

(4) Mela, ap. Paul, *h. t.*, 26, 8; cf. Sev., *l. c.*

(5) Pap., *h. t.*, 7 : *laboris remuneratio*; Ulp., 9 pr.

(6) Ulp., *h. t.*, 10, 9 : *ad vecturas suas dum excurrit in prædia... nisi si salarium us fuit et hoc convenit ut sumptus de suo faceret ad hæc itinera hoc est de salario.* A défaut de cette convention, le mandataire a l'action *mandati contraria* pour ses déboursés (Sev., Car., *l. c.*); mais on ne saurait y comprendre la somme qui lui est allouée pour subvenir à ses besoins lorsqu'il est sans ressources. Ner., *D.*, XXXVIII, 1, 50, 1.

(7) Conféré par un fils de famille le mandat donne lieu à une action utile (p. 141, 5): exercé par lui, il est sanctionné par une action *in factum* (Ulp., *h. t.*, 12, 6).

(8) Paul, *h. t.*, 5 pr., 1-2. Le mandataire a plus de latitude lorsque le mandat est *incertum* ou *plurium causarum* : Paul, *h. t.*, 46.

(9) Ulp., *h. t.*, 8, 3.

(10) Gaius, *D.*, III, 3, 46, 4; Paul, *h. t.*, 20 pr.; Ulp., 10, 3.

(11) Ulp., *D.*, L, 17, 23; Diocl., *C.*, IV, 35, 11 et 13. Anciennement le mandataire n'était tenu, comme le dépositaire, que de son dol. Cette opinion, que l'on retrouve dans Mod., *Coll. leg.*, X, 2, 3, n'a pas prévalu. Cf. p. 605.

(12) Gaius, *h. t.*, 27, 4; Ulp., *h. t.*, 12, 9 : *Ut est constitutum, totum hoc ex æquo et bono judex arbitrabitur.* Cf. C. civ. 1999, 2001.

(13) Paul, *h. t.*, 45 pr., 2-5; 26, 6.

Si le mandataire a dépassé ses instructions, par exemple en achetant un objet plus cher que ne le voulait le mandant, les Sabiniens lui dénient le droit de se prévaloir d'un mandat dont il n'a pas tenu compte (1). Proculus fit prévaloir une opinion plus bienveillante : le mandataire a un recours pour la somme fixée par le mandant (2).

c) L'exécution du mandat donne lieu fréquemment à la conclusion d'un acte juridique avec des tiers. En droit moderne, cet acte produit son effet au profit ou à la charge du mandant qui est réputé avoir été présent à l'acte. C'est l'application du principe de la représentation. Ce principe est étranger aux Romains : ils sont restés fidèles à la règle d'après laquelle un acte juridique ne saurait produire d'effet à l'égard des tiers. Mais le mandataire ne doit pas conserver le bénéfice ou supporter définitivement la charge de l'acte qu'il a conclu pour le compte du mandant : un transfert est nécessaire. C'est une complication que le principe de la représentation permet d'éviter (p. 403).

D'autres différences séparent les deux législations : à Rome, le mandant court le risque de l'insolvabilité du mandataire, puis le mandataire ne peut user du crédit dont jouit personnellement le mandant. Il y a enfin certains actes qu'un mandataire ne peut pas faire : *a)* acquérir pour le mandant une servitude personnelle, car une fois fixée sur sa tête, elle ne peut pas être transférée sur une autre; *b)* aliéner la propriété du mandant, à moins que celui-ci ne la lui ait d'abord transférée; *c)* constituer une servitude prédiale sur le fonds du mandant par mancipation ou par *in jure cessio; d)* prendre part à une acceptilation pour le compte du mandant; *e)* prêter ou emprunter de l'argent de manière à rendre le mandant créancier ou débiteur.

Les inconvéniens pratiques du système romain ont été, en grande partie, écartés par l'Édit du Préteur et par la jurisprudence.

§ 3. **Extinction du mandat.** — Le mandat s'éteint : *a*) lorsqu'il a été exécuté, ou lorsque son exécution est devenue impossible; *b*) à l'échéance du terme fixé dans le contrat; *c*) par la révocation du mandataire. La révocation ne produit son effet qu'à partir du moment où le mandataire en a connaissance : les actes accomplis antérieurement par lui donnent lieu à son profit à l'action *mandati contraria* (3); de même les payements faits de bonne foi entre ses mains sont valables (4); *d*) par la renonciation du mandataire. A moins qu'il n'ait une juste cause d'excuse, le mandataire doit notifier la renonciation au mandant pour qu'il prenne ses mesures en conséquence. Il est responsable si la renonciation est frauduleuse ou intempestive (5); *e*) le mandat s'éteint à la mort du mandant ou du mandataire (6). Toutefois la mort du mandant, comme la révocation, n'éteint son obligation qu'à partir du moment où le mandataire en a connaissance. Cette règle

(1) Gaius, III, 161; Paul, *h. t.*, 3, 2; 5 pr. Cf. C. civ. 1998.
(2) Gaius, *h. t.*, 4; Jul., 33; cf. Lenel, I, 487; Riccobono, *Bull. dir. R.*, VII, 230.
(3) Paul, *h. t.*, 15.
(4) Jul., *D.*, XLVI, 3, 34, 3; Ulp., *h. t.*, 12, 2. Cf. C. civ. 2009.
(5) Mela, ap. Paul, *h. t.*, 22, 11; Herm., 25.
(6) L'extinction du contrat ne fait pas obstacle à la transmission aux héritiers des actions qui ont pris naissance du vivant de leur auteur.

souffre exception dans les cas où l'acte dont le mandataire est chargé ne peut s'accomplir qu'après la mort du mandant (1).

§ 4. **Sanction du mandat.** — Le mandat fut pendant longtemps une convention sans valeur juridique. La loi s'est contentée de réprimer, dans quelques cas, la déloyauté du mandataire ou du mandant : la loi Aquilia punit l'*adstipulator* qui fait remise de la dette au préjudice du stipulant; la loi Publilia punit le débiteur qui ne rembourse pas l'avance faite au créancier par la caution. En cas de contestation entre le mandant et le mandataire sur les rapports résultant du mandat, l'usage s'introduisit de bonne heure de soumettre le différend à l'arbitrage d'un homme de bien (2). Enfin le mandat est devenu un contrat sanctionné par des actions de bonne foi (3) : mais on discutait encore, au début du VIIe siècle, la question de savoir si les obligations nées du mandat étaient transmissibles aux héritiers du mandataire (4).

IV. La société.

La société est un contrat synallagmatique (5), par lequel deux ou plusieurs personnes se promettent réciproquement de mettre en commun certaines valeurs pour atteindre un but licite. Ce but consiste généralement à réaliser un bénéfice, mais, à la différence du droit moderne (C. civ. 1832), l'esprit de lucre n'est pas essentiel.

§ 1er. **Histoire de la société.** — 1. Sociétés financières. — Les premières sociétés que l'on voit apparaître à Rome ont pour objet la mise en commun des bénéfices à provenir des capitaux réunis de plusieurs personnes. Ce sont des sociétés financières formées entre publicains (6), fournisseurs des armées (7), entrepreneurs de travaux publics. Ces sociétés exigeaient des capitaux considérables dépassant la fortune d'un simple particulier.

Elles se développèrent au VIe siècle, au temps des guerres puniques. Le trésor public était vide; l'État avait besoin d'avances pour assurer le fonctionnement régulier des services publics. Le Sénat dut faire appel au crédit, en réservant à l'État le droit de se libérer lorsque ses ressources le lui permettraient. Pour augmenter les chances de gain et diminuer en même temps les risques de l'entreprise en les répartissant entre plusieurs personnes, les financiers associèrent leurs capitaux. Mais il leur fallait des amis très sûrs en qui ils pussent se fier

(1) Jul., ap. Paul., *h. t.*, 26 pr ; Ulp., 12, 17; Gaius, 13. Il s'agit d'actes susceptibles de donner lieu à un recours du vivant du mandant, sans quoi l'obligation ne prendrait naissance qu'en la personne de l'héritier et serait frappée de nullité.

(2) Cic., *de off.*, III, 17. Ulp., *h. t.*, 12, 7.

(3) L'action *mandati* est citée dans la table d'Héraclée et dans la loi d'Este, toutes deux des premières années du VIIIe siècle.

(4) En 631, le préteur Sex. Julius refusa d'organiser une instance contre l'héritier d'un mandataire; un de ses successeurs, M. Drusus, y consentit (Cic., *ad Her.*, II, 13). Drusus fut consul en 642 (Cic., *Brut.*, 28), préteur un peu avant 640.

(5) Dans un sens large, le mot société désigne l'état de plusieurs personnes qui ont en commun la propriété d'une chose : les copropriétaires (Plaut., *Rud.*, 1029), les cohéritiers (Gell., I, 93), les colégataires (*Paul. D.*, X, 2, 25, 16) sont des socii.

(6) Mention de ces sociétés en 539, 543, 557 (Liv., XXII, 49; XXVII, 10; XXXIV, 6.)

(7) Liv., XXIV, 18 (an 538).

sans réserve, soit pour l'exécution des engagements, soit pour la bonne gestion des affaires sociales.

A côté de ces grandes sociétés financières qui traitaient avec l'État, il y en avait d'autres assez nombreuses dont le rôle était plus modeste : c'étaient les sociétés de banquiers *(argentarii socii)*. Le commerce de la banque avait pris une certaine importance à Rome dès le v[e] siècle (1). Les banquiers recevaient des fonds en dépôt et se chargeaient d'effectuer les payements pour le compte de leurs clients; ils prêtaient ou recevaient de l'argent à intérêt.

Une confiance réciproque était la condition essentielle de la formation de ces sociétés. C'est ce qu'on exprime en disant que la société est formée en considération de la personne *(intuitu personæ)*. L'associé qui manque à son devoir encourt l'infamie (2).

2. Sociétés de tous biens. — A côté des sociétés financières on trouve, au temps de Cicéron, des sociétés de tous biens (3) : elles comprennent les biens présents et à venir de tous les associés (4), à l'exception des acquisitions provenant d'une cause illicite (5). Les sociétés de tous biens ne sont pas contractées dans un but de spéculation ; elles se forment entre personnes appartenant à une même famille (6), principalement entre frères (7). Elles supposent entre les membres de la famille une cohésion qui ne se rencontre guère de nos jours. Les enfants conviennent, à la mort de leur père, de ne rien changer à la situation antérieure : le patrimoine familial reste indivis et continue à s'accroître du produit du travail des enfants associés. La société profitant de tous les biens des associés supporte toutes leurs dettes présentes et futures, excepté celles qui ont pour cause un délit commis par un des associés. Cette sorte de société exige, comme la précédente, une confiance réciproque; il faut que les enfants soient bien persuadés que chacun voudra travailler à l'accroissement de la masse commune et ne contractera de dettes que dans l'intérêt de la société.

L'idée première de la société de tous biens remonte à l'époque très ancienne où les enfants restaient ordinairement groupés autour du foyer domestique. Mais ce *consortium*, fondé sur un accord tacite, est peu à peu tombé en désuétude. Dans les cas où il a été maintenu, on l'a soumis aux règles de la société : on exige pour sa formation une convention expresse (8).

(1) Liv., IX, 40.
(2) Gaius, IV, 182. Table d'Héraclée, l. 111.
(3) Serv., ap. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XVII, 2], 52, 18.
(4) On y comprend les acquisitions à titre gratuit (Paul *h. t.*, 3, 1) et les sommes touchées par un associé à titre de réparation d'un tort commis à son préjudice (Ulp., 52, 16). Cf. C. civ. 1837.
(5) Ner., *h. t.*, 52, 17; 53.
(6) Scævola cite une société de tous biens entre époux qui avait duré plus de 40 ans. (*D.*, XXXIV, 1, 16, 3.) Cf. la *laudatio* dite de Turia, I, 37.
(7) Scæv., *D.*, XXXI, 89, 2; XXVI, 7, 47, 6; Pomp., *D.*, XXIX, 2, 78; Paul., *D.*, XXVII, 1, 31, 4; Gord., *C.*, VI, 22, 1.
(8) Papinian, *h. t.*, 52, 8 : *Si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit*... Quelques auteurs pensent que la société de tous biens est le modèle sur lequel toutes les autres sociétés ont été formées; et comme elle se rattache elle-même au *consortium*, le contrat de société ne serait que l'extension de l'antique usage du

Les rapports entre associés sont restés pendant un certain temps en dehors de la sphère du droit. Mais la nécessité d'une sanction a dû se faire sentir de bonne heure; alors que des conflits d'intérêts pouvaient surgir à chaque instant, il était bon de donner aux associés la faculté de réclamer l'arbitrage d'un homme de bien qui dirait à chacun quel était son devoir (1). Au dernier siècle de la République, cet arbitrage a été transformé en une action de bonne foi, l'action *pro socio* (2). Cette action ne se donnait pas contre l'héritier de l'associé. Mais le Préteur a créé, pour ce cas, une formule spéciale qui figure encore dans l'album au temps d'Hadrien (3).

§ 2. **Formation de la société.** — Le contrat de société se présente sous des aspects divers : la pratique a imaginé les combinaisons les plus variées quant à l'objet de la société, quant aux apports ou à la répartition des bénéfices et des pertes; la jurisprudence a résolu les questions multiples qu'elles soulèvent dans le sens le plus favorable à la liberté des conventions. Quatre conditions sont requises pour la formation du contrat :

a) Une convention, expresse ou tacite, pure et simple ou conditionnelle, avec ou sans terme (4). Sans convention, il peut y avoir communauté ou indivision (par exemple entre cohéritiers), il n'y a pas société. Cette convention doit être faite avec la volonté réciproque de s'associer *(animus contrahendæ societatis)* (5). La considération de la personne joue

consortium (PERNICE, *Sav. Z.*, III, 71 ; GIRARD, 575, 3.) On fait observer que, dans les commentaires de l'edit, c'est la société de tous biens qui occupe la première place. Mais si le contrat de société avait son origine dans les rapports de famille, la société devrait se continuer avec les héritiers des associés. (Q. MUC., ap. POMP., *D.*, XXIX, 2, 78. Cf. PERNICE, *Zum röm. Sakralrecht*, 1886, p. 1196). Puis chacun des associés devrait recevoir sur les produits des biens ce qui lui est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille. (Arg. ULP., *h. t.*, 73. Cf. SEN., *Ep.*, V, 7; SUET., *Claud.*, 28,) Or, aucune de ces règles ne s'applique à la société : la mort d'un associé est une cause d'extinction du contrat; les bénéfices et les pertes se divisent également entre les associés. (Q. MUC., ap. GAI., III, 149.) Voici d'ailleurs deux textes qui prouvent que la société qui a servi de type et de point de départ, c'est la société de tous gains : *a*) D'après Ulpien (*h. t.*, 7), cette société forme le droit commun. A moins de convention contraire, on présume que les associés n'ont voulu mettre en commun que les gains qu'ils pourront réaliser. *b*) Même entre frères, la société de tous biens ne se présume jamais : en l'absence d'une clause expresse, la convention par laquelle des enfants décident de conserver indivis l'héritage paternel et de mettre en commun les profits et les pertes, s'interprète comme une société d'acquêts. (ULP., *h. t.* 52, 6). Cf. KARLOVA, t. II (1893), p. 653.

(1) L'*arbitrium pro socio* est mentionné par CIC., *p. Quinct.*, 3. Il est si vrai qu'on a voulu sanctionner ici un devoir de morale, qu'on prend la peine de dire que l'associé n'est pas obligé de verser dans la masse le produit de ses larcins. (ULP., *h. t.* 57.) Il ne parait pas qu'il y ait eu pour la société, comme pour le dépôt, une action pénale. Quelques passages où Cicéron (*p. Cæc.*, 7; *p. Rosc. com.*, 25, 26) emploie les mots *delictum*, *furtum*, l'ont cependant donné à penser. Mais ce sont là des exagérations de langage que comporte le style oratoire. (Cf. PERNICE, I, 442. Contra, IHERING, *De la faute*, 37.) Cicéron en dit autant de la fiducie, qui n'a pas donné lieu à une action délictuelle. — En cas de vol, l'associé est tenu de l'action *furti*, sans préjudice de l'action *pro socio*. (ULP., *h. t.*, 45.) Cf. HEVELIN, I, 701.

(2) L'action *pro socio* est citée dans la Table d'Héraclée *C. I. L.*, I, 206, l. 111 : cf. LAB., *h. t.*, 60, 1; 65, 5. Alfenus (71 pr.) parle d'un *pactum conventum de societate factum* qui donne lieu à l'*actio societatis*.

(3) ULP., *h. t.*, 63, 8 et 9. Cf. LENEL, II, 13.

(4) MOD., *h. t.*, 4. PAUL., *h. t.*, 1 pr. : *Societas coiri potest in perpetuum id est dum vivunt*. Cf. ULP., *eod.*, 70.

(5) ULP., *eod.*, 31 et 32; 44.

ici un rôle prépondérant. De là, deux conséquences : la mort de l'un des associés entraîne la dissolution du contrat; l'un des associés ne peut, par un acte de sa seule volonté, introduire un tiers dans la société. Mais il peut, pour sa part sociale, prendre un sous-associé. Celui-ci restera toujours étranger à la société originaire, car *socii mei socius meus socius non est*. De même, il peut céder sa part dans la société, mais cet acte est sans effet à l'égard de ses coassociés (1).

b) Un apport commun. Si l'une des parties ne fait pas d'apport, le contrat est nul. Si elle en est dispensée, il y a donation et non société. L'apport consiste ordinairement en une chose corporelle ou incorporelle ayant une valeur pécuniaire. Il peut aussi consister en services, industrie ou crédit (2). On peut également mettre en commun les profits du travail des associés et les dépenses corrélatives; les acquisitions à titre gratuit sont exclues. Ces sociétés de travailleurs se formaient ordinairement entre les affranchis d'une même maison (3).

On n'a pas admis facilement les sociétés mixtes, où l'un des associés fait un apport en argent, tandis que l'autre n'apporte que ses services. La formation d'une société suppose des relations d'amitié que l'on ne concevait guère entre des personnes de condition différente, comme un capitaliste et un mercenaire. Mais dès le temps de Cicéron (4) l'opinion contraire a prévalu : la société peut se former entre personnes de fortunes très inégales (5).

c) Un but licite. Sont nulles les sociétés qui ont une cause immorale (6). Le but de la société est ordinairement un but de spéculation (7); mais il n'y a là rien d'essentiel. Les Romains ont été très larges dans la conception de ce contrat : ils n'en ont pas réservé l'usage aux spéculateurs. Ils l'ont rendu accessible à ceux qui poursuivent un but d'assistance mutuelle, de bienfaisance ou autre semblable, ou même d'agrément (8); ici la société a pour résultat de procurer aux associés des avantages qu'ils ne pourraient obtenir isolément sans faire

(1) Ulp., *h. t.*, 19 et 20. Gaius, 68 pr.; cf. Paul, 17 pr.
(2) Ulp., *h. t.*, 5, 2. Proc., 80. Cels., 52, 2. Cf. C. civ. 1833.
(3) Paul, *h. t.*, 71, 1. Cf. Poisnel, *N. R. H.*, III, 440.
(4) Dans le *p. Rosc. com.*, Cherea fait un apport en nature : l'esclave Panurge; Roscius se charge d'apprendre à l'esclave l'art du comédien.
(5) Gaius, III, 149; Ulp., *h. t.*, 5, 1; Diocl., C. IV, 37, 1 : *magis obtinuit*.
(6) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 57.
(7) Les sociétés de spéculation peuvent avoir pour objet : 1° Une affaire déterminée : vente d'un quadrige (Ulp., *h. t.*, 58 pr.), d'une pierre précieuse (Ulp., 44); 2° un genre d'affaires spécial : banque (Cic., *ad. Her.*, II, 13), ferme des impôts, armement (Ulp., *D.*, XIV, 2, 1, 25), exploitation d'un magasin (Ulp., *D.*, XIV, 3, 13, 2); société formée entre les copropriétaires d'un esclave administrateur d'un pécule (Gaius, *D.*, XV, 1, 27, 8); société qui a pour objet le commerce de marchandises confiées à l'esclave d'autrui (Paul, *D.*, XIV, 3, 14); commerce d'esclaves (Paul, *D.*, XXI, 1, 44, 1), de savons (Ulp., *h. t.*, 52, 4), enseignement de la grammaire (Alf., *h. t.*, 71 pr.); 3° tous les gains que les associés pourront retirer d'opérations quelconques, à titre onéreux (Ulp, *h. t.*, 7 et 9; Q. Muc., 11). Dans le doute, on présume que les associés ont voulu former une société de tous gains. (Ulp., *h. t.*, 7.) C. civ. 1839. — Les sociétés, formées pour l'exploitation des puits de mine dans les terres du fisc étaient soumises à des règles particulières, d'après une inscription du temps d'Hadrien, trouvée à Aljustrel. Cf. Ed. Cuq, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines*, 1907, p. 25; *J. des Savants*, 1911, p. 349.
(8) Mela, ap. Ulp., *h. t.*, 52, 13 *in fine*.

des sacrifices pécuniaires supérieurs à la valeur de leur apport (1). Telle est la société de tous biens.

d) Un avantage réciproque. Entre associés, tout doit être commun, bénéfices et pertes; mais il n'y a lieu de répartir les bénéfices qu'après avoir déduit les dettes (2). Anciennement la répartition des bénéfices et des pertes devait se faire également entre tous les associés. Depuis le temps de Cicéron, les parties sont libres de fixer une proportion différente (3). Le contrat de société acquit dès lors une souplesse qui lui assura un rapide développement

L'égalité de droits des associés est donc la règle, à moins de clause contraire. La règle n'a rien d'inique; elle suppose que les associés ont reconnu tacitement l'équivalence de leurs apports respectifs. La clause contraire est admise lorsqu'un des associés a fait un apport supérieur à celui de ses coassociés, soit en argent, soit en services ou de toute autre manière. On peut même convenir que l'un des associés ne supportera pas les pertes s'il a fait un apport très supérieur à celui de ses coassociés : c'est une façon de rétablir entre eux l'égalité (4). Mais on ne peut, à peine de nullité, refuser à l'un des contractants de participer aux avantages de la société, les pertes restant à sa charge (cf. C. civ. 1855) : ce serait une société *léonine* (5).

§ 3. **Obligations des associés.** — *a)* Chaque associé est tenu d'effectuer son apport. Il emploie les modes appropriés suivant qu'il a promis un droit réel ou un droit de créance. L'apport d'une industrie se réalise par l'exécution des travaux promis (6).

Lorsque l'apport consiste en choses corporelles, il faut rechercher si l'on a entendu mettre en commun la propriété ou la jouissance (7). Dans le doute, on présume l'apport en propriété pour les choses qui se consomment par le premier usage, l'apport en jouissance pour les autres.

Dans la société de tous biens, la mise en commun des biens s'effectuait, à l'époque classique, sans mancipation ni tradition : il n'y avait pas transfert de propriété. Il suffisait au but social de faire profiter la société des avantages que pouvaient procurer les biens de chaque asso-

(1) Cass., ap. Ulp., *h. t.*, 52, 12.
(2) Proc., ap. Paul, *h. t.*, 67 pr. ; Serv., ap. Paul, 30.
(3) Serv. ap. Gaius, III, 149. Elles peuvent aussi s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers. (Cels., *h. t.*, 75; Proc., 78; cf. Paul, 79.) Cf. C. civ. 1853, 1854.
(4) Ulp., *h. t.*, 29 pr. ; Sab., Cass., ap. Ulp., 29, 1.
(5) Du nom d'une fable d'Esope imitée par Phèdre, I, 45; cf. Cass., *h. t.*, 29, 2.
(6) Paul, *h. t.*, 3 pr. ; 71 pr.
(7) Ulp., *h. t.*, 58, 2; XIX, 5, 13, 1. Cette distinction est importante quant à la garantie et quant aux risques (cf. C. civ. 1845, 1851, 1867) : *a)* Si l'apport est en propriété, on applique à l'associé les règles de la garantie contre l'éviction dans la vente; si l'apport est en jouissance, les règles de la garantie dans le louage. L'associé doit aussi garantir son apport contre les vices cachés, c'est pour lui une question de bonne foi; l'édit des édiles n'est pas applicable. *b)* Les risques sont à la charge de la société si l'apport a pour objet la propriété d'un corps certain : l'associé débiteur est traité comme un vendeur. Si l'apport est en jouissance, l'associé débiteur supporte les risques : l'objet de son obligation est successif comme celui du locateur ; mais comme la société ne peut plus fonctionner normalement, la perte fortuite est ici une cause de dissolution de la société. Lorsque l'apport a pour objet une quantité, les risques sont pour la société si l'apport a été réalisé.

cié (1). Il en est autrement sous Justinien : la propriété est acquise en vertu d'une tradition tacite (2).

b) Chaque associé peut conclure tous actes se rapportant au but social : il n'a pas besoin de justifier d'un mandat, mais il doit s'arrêter devant l'opposition d'un de ses coassociés (3). Cette faculté de gérer les affaires de la société entraîne pour celui qui en a fait usage l'obligation de rendre des comptes : il est tenu de faire profiter ses coassociés de tout ce qu'il a acquis (4). Mais il a droit corrélativement à se faire indemniser des obligations qu'il a contractées, de ses déboursés et des pertes qu'il a subies (5).

c) L'associé est responsable de son dol et de sa faute (p. 605).

§ 4. **Rapports des associés avec les tiers.** — A l'égard des tiers, la société, comme tous les contrats, est sans effet. Elle ne forme pas une personne juridique. Ce sont les associés pris individuellement qui peuvent acquérir des droits contre les tiers, ou être obligés envers eux Pour les tiers, il n'y a ni société ni associés : il n'y a que des individus. Les associés, qui ont contracté ensemble avec un tiers, sont tous créanciers ou débiteurs, chacun pour sa part virile (6), sauf convention contraire (7). L'associé, qui a traité seul, devient seul créancier ou débiteur; mais si l'argent a été versé dans la caisse commune, le tiers a, sous Justinien, une action *de in rem verso* utile contre les autres associés.

Par exception, il y a des cas où les associés sont solidairement responsables des engagements pris au nom de la société : les banquiers qui s'obligent *litteris* (8), les armateurs d'un navire, les copropriétaires d'un esclave administrateur d'un pécule, les préposants d'un *institor*. Le tiers qui contracte ne connaît souvent qu'un seul banquier, armateur ou préposant; il ne traiterait peut-être pas s'il devait diviser son action entre plusieurs personnes qui lui sont inconnues. Par une clause spéciale de l'édit des édiles, l'acheteur qui traite avec des marchands d'esclaves associés peut exercer les actions édiliciennes contre un seul pour le tout (9).

§ 5. **Dissolution de la société.** — La société est dissoute, conformément au droit commun, par tout événement qui rend impossible la réalisation du but social (perte fortuite ou confiscation des apports, *bonorum venditio)* (10), à l'expiration du terme fixé ou à l'événement de

(1) Paul, *h. t.*, 1, 1 : *omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur.* Le mot *communicare* a le même sens dans Paul, 74 : *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare.*

(2) Gaius, *h. t.*, 2 (interpolé). Cf. p. 269, 4

(3) Sab., ap. Pap., *D.*, X, 3, 28; Paul, *D.*, XII, 1, 16.

(4) Proc., ap. Paul, *h. t.*, 38, 1; Jul., ap. Ulp., 52 pr.; Paul, 67 pr., 1; 74.

(5) Ulp., *h. t.*, 52, 12; 52, 15. Julien (Ulp., *h. t.*, 52, 4) autorise l'associé qui a été blessé en agissant pour la société, à se faire rembourser les honoraires du médecin. Labéon était d'un avis différent *quia id non in societatem, quamvis propter societatem, impensum sit.* (Pomp., *h. t.*, 60, 1.) Cette distinction subtile n'a pas prévalu.

(6) Paul, *D.*, XLII, 1, 43. Cf. C. civ. 1862.

(7) Cette convention est sous-entendue lorsque les associés ont fait connaître aux tiers leurs parts sociales. Ulp., *D.*, XIV, 1, 4 pr.; Paul, *D.*, XXI, 1, 44.

(8) Cf. Lab., Proc., ap. Paul, *D.*, II, 14, 27 pr. Cic., *ad Her.*, II, 13.

(9) Paul, *D.*, XXI, 1, 44, 1. Cf. p. 377.

(10) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 65, 1; Gaius, III, 154; Ulp., *h. t.*, 63, 10.

la condition. La société *unius rei* prend fin lorsque l'opération en vue de laquelle elle a été contractée est achevée.

Il y a en outre des modes d'extinction propres au contrat de société. Ce sont des conséquences du principe que ce contrat se forme *intuitu personæ*. La société se dissout : *a)* d'un commun accord entre les associés ; *b)* par une renonciation unilatérale. Chaque associé est libre de se retirer lorsqu'il n'a plus confiance en ses coassociés (1), mais sa responsabilité est engagée s'il fait une renonciation intempestive, frauduleuse ou non motivée (2).

c) Au décès de l'un des contractants. La mort de l'un des contractants ne doit ni profiter ni nuire aux autres ; elle ne doit pas non plus enlever à ses héritiers le droit à sa part dans les bénéfices, ni le dispenser de supporter sa part dans les dettes. L'héritier est également tenu d'achever ce qui a été commencé par son auteur (3). Sous Justinien, on peut convenir que la société continuera entre les survivants (4).

d) Par la *capitis deminutio,* mais sous Justinien la *c. d. minima* n'entraîne plus l'extinction de la société (p. 112).

§ 6. **Liquidation et partage.** — La dissolution de la société met fin aux opérations ; elle ne dispense pas les associés d'exécuter leurs engagements. Tant qu'ils n'ont pas accompli leurs obligations, ils restent en communauté. Pour mettre fin à cet état d'indivision, il faut procéder à la liquidation et au partage.

La liquidation a pour but de déterminer l'actif net de la société. On recouvre les créances, on vend les marchandises, on paye les dettes : en un mot on dégage l'actif brut des dettes qui en sont la charge. On fixe ensuite les droits de chaque associé, et l'on partage la masse commune.

Pour faire opérer la liquidation, les associés ont l'action *pro socio* ; pour obtenir le partage, l'action *communi dividundo*.

L'action *pro socio* a pour objet de régler l'ensemble des rapports entre associés (5). L'action *communi dividundo* confère au juge le pouvoir, soit d'attribuer la chose commune à l'un des associés à charge de payer une soulte aux autres, soit, si la chose est divisible en nature, d'attribuer une part à chacun (6).

La distinction de ces deux actions n'a pas été rigoureusement maintenue : on peut quelquefois exercer l'action *pro socio* durant la société pour réclamer des prestations isolées, par exemple dans les sociétés de

(1) PAUL, *h. t.*, 65, 5 ; ULP., 14 : *Si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati.*

(2) LAB., ap. PAUL, *h. t.*, 65, 5 ; CASS., 65, 3. Cf. C. civ. 1870.

(3) LAB., ap. PAUL, *h. t.*, 65, 2 ; POMP., 40.

(4) PAUL, 65, 6 ; *Inst.*, III, 25, 3. Paul (65, 9, *h. t.*) a été interpolé.

(5) Conséquences : 1° en principe elle ne peut être exercée que lorsque le but social est atteint, après la dissolution de la société (PAUL, *h. t.*, 65, 15) ; 2° pour liquider les droits de tous les associés, une seule instance suffit (ULP., *h. t.*, 52, 14) ; 3° le seul fait d'exercer l'action *pro socio* manifeste la volonté d'un associé de ne plus être en société.

(6) Bien que l'action *c. d.* ne soit pas spéciale à la société, il est vraisemblable qu'elle a été créée à l'occasion de ce contrat. Paul (*D.*, X, 3, 1) le donne à entendre, et cela résulte aussi de ce qu'elle avait, sauf exception, pour objet le partage de tous les biens indivis entre les parties, et non d'une chose isolée (ULP., *h. t.*, 13).

publicains (1); on peut aussi, sous Justinien, exercer l'action *communi dividundo* pour faire valoir les obligations résultant de la communauté à la charge des communistes (p. 253).

Dans la société de tous biens, et sous Justinien dans toute espèce de société (2), l'action *pro socio* contient une clause qui autorise le juge à ne condamner le défendeur que dans la mesure de ses facultés : c'est le bénéfice de compétence.

§ 7. Sociétés de publicains. — Ces sociétés forment une catégorie à part (3) : *a)* On les rapproche des municipes, des collèges, des décuries; il leur est permis de se constituer en corporations (4), et dans ce cas elles ont un patrimoine commun (5), des représentants *(actor, syndicus)* (6). *b)* L'administration est en principe confiée à un *magister* qui peut être l'un des associés. Les actes de cet administrateur profitent ou nuisent à la société (7). *c)* Les sociétés de publicains, comme nos sociétés en commandite, comprennent deux sortes de membres : des associés et

(1) Ulp., *h. t.*, 65, 15. Dès lors l'exercice de l'action n'entraîne la dissolution de la société que si telle a été la volonté du demandeur. Proc., ap. Paul, *h. t.*, 65 pr.

(2) Ulpien (*h. t.*, 63 pr.) attribue cette extension à Sabinus, et la justifie en disant : *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat;* mais il y a lieu de croire que ce passage a été interpolé. Une extension analogue a été introduite par les compilateurs dans Ulp., *h. t.*, 63, 7 : *quod et in ceteris... accipiendum est.* Cf. Ferrini, *Arch. giur.*, XXXVIII, 18; Pernice, *Sav. Z.*, III, 89. V. cep. Cic., fr. *Quinctio*, 4. 18 : *fraterna necessitudo.* D'après Lenel (*E. P.*², II, 13), la clause était insérée par le Préteur *cognita causa* dans la formule de l'action *pro socio.*

(3) On réserve ordinairement le nom de publicains aux membres des sociétés qui prennent à ferme le recouvrement des revenus de l'Etat *(vectigalia publica)*, tels que la dîme exigée des possesseurs de terres dépendant du domaine public, la taxe *(scriptura)* payée pour l'usage des pâturages publics, les droits de douane *(portoria)*. Cf. Pernice, *Sav. Z.*, III, 92; Leist, *Zur Geschichte der röm. societas*, 1881, p. 34; Kniep, *Societas publicanorum*, 1891. Les sociétés de publicains existaient dès le temps des guerres puniques. Leur concours paraissait si indispensable que le Sénat ferma les yeux plus d'une fois sur les fraudes dont elles se rendaient coupables. (Liv., XXV, 3. Cf. Mommsen, *Hermes*, I. 178, 2.) Tacite (*Ann.*, XIII, 50) attribue aux consuls et aux tribuns de la plèbe l'institution de ces sociétés. Il est difficile de déterminer la portée de cette assertion. On sait toutefois que les magistrats exerçaient une influence décisive sur la formation ou le maintien de ces sociétés, car il dépendait d'eux de les déclarer adjudicataires, alors même que d'autres offraient un prix plus élevé. (Liv., XXXIX, 44, XLII, 16.) Cf. Willems, *le Sénat*, II, 374.

(4) P. 117, 13. Cf. Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 3, 4.

(5) Ce patrimoine comprend une caisse commune (*Ibid.*; Cic., *p. Quinct.*, 3, 12), les livres de caisse (Cic., *in Verr.*, II, 74, 121; Lab., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 31, 1), la correspondance (Cic., III, 71, 168), des esclaves *(familia publicanorum*, p. 573, 1). La société a des créances et des dettes (Cic., III, 70, 165; 71, 167; 72, 179). Elle peut posséder et usucaper (Ulp., *D.*, X, 4, 7, 3); obtenir la *bonorum possessio.*

(6) Les sociétés de publicains forment-elles une personne juridique? La question est discutée. Les textes précis font défaut (Florent., *D.*, XLVI, 1, 22), parce que la notion de la personne juridique a été dégagée à une époque où l'Etat avait, en bien des cas, substitué le système de la régie à celui de la ferme des impôts. Après Marc-Aurèle on ne trouve plus dans les inscriptions la trace des sociétés de publicains. (Cagnat, *Impôts indirects*, 89, 9.) — Ces sociétés diffèrent à plusieurs égards des personnes juridiques : 1° Elles ont pour fondement un contrat et non des statuts; 2° Elles ont en droit, sinon en fait, une durée limitée; 3° Elles ont pour but de réaliser des bénéfices; 4° Ces bénéfices ne sont pas affectés à un but d'utilité générale, mais doivent grossir le patrimoine des associés; 5° Les parts des associés sont aliénables. La forme corporative de ces sociétés est sans doute une survivance de l'époque où le contrat de société n'était pas encore consacré par la loi.

(7) Cic., *p. Planc.*, 13, 32; *ad fam.*, XIII, 9, 2; Ulp., *D.*, II, 14, 14. Il y avait parfois plusieurs *magistri*. (Cic., *in Verr.*, III, 71; Paul, *D.*, XXXIX, 4, 9, 4.) Voir cep. Rostowzew, *Gesch. der Staatspacht in d. röm. Kaizerzeit*, 1903, p. 180.

des participants (1). Ceux-ci sont de simples bailleurs de fonds (2); ils restent étrangers à l'administration (3). *d)* La mort d'un participant n'entraîne pas la dissolution de la société; il en est de même de la mort d'un associé. Mais la société est dissoute lorsque l'associé décédé était indispensable pour l'administration (4). *e)* Les associés ou les participants peuvent vendre leur part sociale (5).

Les sociétés de publicains ont subsisté pendant longtemps, surtout pour la ferme des douanes; on en trouve la trace jusqu'au début du v[e] siècle (6). Mais dès l'époque des Antonins, elles ont été progressivement remplacées par des sociétés de *conductores* composées de deux ou trois personnes et constituées sur le type des sociétés privées (7). Les *conductores* se chargent de recouvrer sous leur responsabilité les redevances dues au fisc, moyennant un salaire ou un tantième sur les recettes; ce sont des *conductores operis faciendi*. Ils ont fini par devenir des fonctionnaires impériaux (8).

CHAPITRE VI

Contrats innommés.

I. Notion et histoire.

La jurisprudence classique traite comme des contrats certains pactes synallagmatiques qui ont pour objet des prestations réciproques, mais qui ne rentrent dans aucune des quatre classes de contrats consacrés par le droit civil. Elle les déclare obligatoires dès qu'ils ont été exécutés par l'une des parties.

Cette doctrine, appliquée d'abord à l'*æstimatum,* a été peu à peu étendue à d'autres pactes. Jusqu'alors celui qui avait effectué une prestation sans obtenir l'équivalent convenu, n'avait que la ressource de répéter ce qu'il avait donné; il exerçait une *condictio ob causam datorum* Certains jurisconsultes lui donnaient aussi une action prétorienne *in factum,* qui était surtout utile lorsque la prestation consistait en un fait non susceptible d'être répété (9). D'autres allèrent plus loin et admirent que l'exécution unilatérale d'un pacte synallagmatique (10) était une

(1) Liv., XXXIV, 16, 2 : *Socius, adfinis;* Ps Asc ad Cic., *in Verr.*, I, 55, 148 (Or., 197) : *socius, particeps.*

(2) Cic., *p Rabir Post*, 2, 4 Ils n'ont pas l'action *pro socio;* mais on leur donne l'action *communi dividundo :* Ulp., *h. t.*, 31 à 33.

(3) Il en est de même de l'héritier d'un associé Ulp., *h. t.*, 63, 8; cf. Cels., *D*, XXVIII, 5, 59, 1.

(4) Pomp., *h t*, 59 pr.

(5) Cic., *in Vat.*, 12, 39

(6) Symmach, *Ep*, V, 62; Honor., *C. Th*, XI, 28, 1

(7) Ces *societates vectigalium* sont mentionnées par Paul, *h. t*, 65, 15; XXXIX, 4, 9, 4 *C. I. L.*, III, 1568, 7429, 7434.

(8) Cf. Ed. Cuq, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines*, 16.

(9) Alf., *h t*, [*D* XIX, 5], 23; Jav., 10; Jul., ap Ulp., *D*, II, 14, 7, 2

(10) Si le pacte n'a pas pour objet une prestation réciproque, il n'y a pas contrat innommé : l'inobservation du pacte donne lieu tout au plus à une action *in factum* ou *de dolo*. (Aristo, ap. Pomp., XIX, 5, 16, 1)

cause suffisante d'obligation. Cette manière de voir rencontra des résistances chez les Sabiniens, mais finit par prévaloir (1).

Le contrat se forme, comme un contrat réel, par la remise d'une chose ou l'exécution d'un fait. Il oblige le bénéficiaire de cette prestation à exécuter lui-même la contre-prestation qu'il a promise. Cette obligation est sanctionnée par une action civile (2) que les textes qualifient tantôt *civilis incerti actio* (3) parce qu'elle a une *intentio* et une *condemnatio incerta*, tantôt *in factum civilis* (4) ou simplement *in factum*, parce que la formule, comme celle des actions prétoriennes, contient l'exposé du fait qui a donné naissance au contrat (5). La *demonstratio* est ici remplacée par une *præscriptio*; de là l'expression *præscriptis verbis agere* (6), qui a suggéré aux compilateurs le nom d'une action générale *præscriptis verbis*.

Ces nouveaux contrats n'avaient pas de nom en droit civil; la jurisprudence ne leur en a pas donné (7). On a cependant l'habitude, depuis le moyen âge (8), de les appeler *contrats innommés*. Cette qualification est commode, mais il faut se garder d'attribuer aux classiques une généralisation qu'ils n'ont pas faite et qui n'est certaine que sous Justinien (9).

Les deux principaux contrats innommés sont, à l'époque classique, l'*æstimatum* et l'échange.

(1) Ap. Ulp., *l. c.* : *puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisisti : evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a Prætore dandam; ille ait, civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis, sufficere : esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit.*

(2) Ulp., *h. t.*, 15; Paul, 5, 2 et 3; Diocl., *C.*, II, 4, 33, 1.

(3) Nerat., *h. t.*, 6; Mauric., *loc. cit.*; Pomp., *h. t.*, 16 pr.; Ulp., *D*, X, 3, 23; Diocl., *C.*, IV, 64, 6; VIII, 53, 22, 1; cf. Pap., *h. t.*, 8 et 9.

(4) Lab., ap. Pap., *h. t.*, 1, 1; Pap., 1, 2 (textes interpolés : cf. Audibert, *N. R. H.*, XXIV, 264).

(5) Gaius, *h. t.*, 22; Pap. 1 pr. : *Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ in factum appellantur*. Ulp., *h. t.*, 13 pr.; Paul, *D.*, XIX, 4, 1, 1; Alex., *C.*, IV, 14, 3.

(6) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 19 pr.; Cels., 2 : *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est*; Ulp., *eod.*, 19, 1; Pap., 7; Marc., 25.) Ce mode de sanctionner de nouveaux contrats avait été proposé par Labéon : il pensait qu'on devait agir *p. v.* toutes les fois qu'on était en présence d'une convention rentrant en partie dans un des contrats reconnus par la loi, en partie dans un autre, sans qu'on pût dire exactement lequel. (Ap. Pap., *h. t.*, 1, 1 : *locatio rei* ou *operis*; ap. Ulp., 19 pr. : *mutuum* ou mandat.) Même décision en cas de vente conditionnelle ou à l'essai lorsque l'acheteur a empêché la condition de s'accomplir, ou a tiré profit de la chose sous prétexte de l'essayer (20 pr.; XVIII, 1, 50.)

(7) Jul., *h. t.*, 3 : *Contractus quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.*

(8) Cf. Fitting, *Jur. Schriften d. früheren Mittelalters*, 118.

(9) La raison de douter vient de ce que plusieurs des textes, qui appliquent l'action *præscriptis verbis* au précaire, ont été interpolés. D'autre part, Paul. le seul jurisconsulte qui ait fait, à notre connaissance, une classification de ces nouveaux contrats en les ramenant à quatre types : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, n'admet pas l'action *p. v.* pour les pactes *facio ut des* (*h. t.*, 5 pr., 3). Seul Ulpien propose de donner ici une *civilis actio* tout en reconnaissant que l'action de dol est également possible (*h. t.*, 15). Son opinion, consacrée par Alexandre Sévère (*C.*, II, 4, 6. 1), n'avait pas encore prévalu sous Dioclétien (*C.*, II. 20, 4). Il faut donc reconnaître que si les classiques ont traité comme des contrats bon nombre de pactes synallagmatiques exécutés par l'une des parties. ils n'ont pas formulé une règle générale et absolue. Cette règle n'apparaît que sous Justinien : elle ressort des modifications introduites dans les textes du Digeste par les compilateurs. Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, 124; Pernice, *Sav. Z.*, IX, 253; Audibert, *Sur les différents noms de l'action præscriptis verbis*, 1907.

§ 1er. **Le contrat estimatoire.** — L'une des parties remet à l'autre une chose pour la vendre, à charge de rendre soit le prix d'estimation, soit la chose elle-même si elle n'est pas vendue. Ce contrat se forme d'ordinaire entre un marchand et un colporteur *(circitor)* ou placier, qui lui demande des marchandises pour les vendre avec un petit bénéfice (1). La convention ressemble à chacun des quatre contrats consensuels sans se confondre avec aucun d'eux : il n'y a pas vente, car le colporteur peut rendre la chose; ni louage, car il peut n'avoir aucun salaire; ni mandat, car le service ne sera pas le plus souvent gratuit; ni société, car les parties n'ont pas eu la volonté de s'associer. Le Préteur a tranché la difficulté en proposant une action *æstimatoria præscriptis verbis* qui est de bonne foi, comme celle qui sanctionnerait un contrat consensuel (2). Cette action, qui existait au temps de Labéon, est la seule action *præscriptis verbis* qui figure dans l'Édit perpétuel (3).

§ 2. **L'échange.** — La convention d'échange est restée longtemps sans valeur juridique. Au début de l'Empire, les Sabiniens en firent une variété de la vente; les Proculiens un contrat spécial. La question, discutée encore au temps de Gaius, ne l'était plus au IIIe siècle (4) : l'échange est un contrat innommé.

Ce contrat diffère de la vente à plusieurs égards : *a)* il se forme *re* et non par le simple accord des volontés (5) ; tant que la *res* n'a pas été remise, chacune des parties peut se dédire. *b)* Il exige un double transfert de propriété *(do ut des)*, l'un pour sa formation, l'autre pour son exécution; le contrat ne se forme donc pas s'il a pour objet la chose d'autrui. Le coéchangiste évincé n'a pas de recours s'il n'a encore rien donné en échange; dans le cas contraire, il a l'action *præscriptis verbis* (6). *c)* Les deux parties ne jouent pas un rôle distinct comme dans la vente : aucune d'elles ne peut demander la rescision pour cause de lésion, mais toutes deux peuvent exercer les actions édiliciennes (7). *d)* La situation de l'échangiste qui n'a pas reçu de contre-prestation est tantôt meilleure et tantôt pire que celle du vendeur non payé. Elle est meilleure que celle du vendeur à terme, car le vendeur à terme n'a que l'action *venditi*, tandis que l'échangiste a le choix entre deux partis : poursuivre l'exécution du contrat ou réclamer la chose qu'il a livrée. Elle est moins bonne que celle du vendeur au comptant qui conserve le droit de revendiquer sa chose, tandis que l'échangiste n'a qu'une action personnelle.

§ 3. **Extension des contrats innommés.** — La notion des contrats

(1) Ulp., *D.*, XIV, 3, 5, 4.

(2) Ap. Ulp., *h. t.*, 17, 1.

(3) La marchandise livrée au placier est-elle à ses risques? Labéon et Pomponius font une distinction : les risques sont pour celle des deux parties qui a eu l'initiative, sinon, le placier ne répond que de son dol et de sa faute. Ulpien au contraire applique la règle qui met les risques d'une chose reçue sur estimation à la charge de l'*accipiens* (*D.*, XIX, 3, 1, 1).

(4) Paul., *D.* XIX, 5, 5, 1 : *Quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem.*

(5) Paul., *D.*, XIX, 4, 1, 2. C'est une différence avec le droit moderne (C. civ. 1703).

(6) Ped. ap. Paul., *eod.*, 1, 3; Paul., 1, 1.

(7) Ulp., *D.*, XXI, 1, 19, 5.

innommés a été élargie : on l'a étendue au cas où une tradition est faite, non pas en vue d'obtenir une contre-prestation équivalente, mais seulement l'exécution d'une charge (1); telle est la donation *sub modo* qui impose au donataire l'obligation de faire au profit du donateur ou d'un tiers une prestation d'une valeur inférieure à celle de l'objet donné (2); la constitution d'une dot réceptice par voie de dation (3), le partage d'une succession (4), le précaire, la transaction (5).

§ 4. **Le précaire.** — Le précaire est une institution qui, suivant Ulpien (6), ressemble au commodat : c'est la concession gratuite de l'usage d'une chose. Cette concession est faite sur la prière du bénéficiaire; elle est essentiellement révocable au gré du concédant.

Anciennement le précaire fut le moyen employé par les patrons pour subvenir aux besoins de leurs clients ; ils leur concédaient une parcelle des terres du domaine public qu'ils avaient occupées. La faculté de révoquer *ad nutum* était une conséquence de l'état de dépendance dans lequel le client se trouvait vis-à-vis de son patron. Le précaire a survécu aux circonstances qui l'ont fait naître; il a reçu des applications nouvelles sans perdre ses traits caractéristiques : il est particulièrement usité en cas de constitution de gage et dans les ventes à terme (7). Il peut avoir pour objet une servitude (8) aussi bien qu'une chose corporelle (9) ; se former entre absents, par lettre ou par messager (10).

Il est toujours révocable au gré du concédant, bien qu'il ait lieu, comme le commodat, entre personnes indépendantes les unes des autres. Il n'implique pas un engagement contractuel ni de la part du bailleur, ni de la part du précariste (11). L'interdit de *precario*, qui sert au bailleur à reprendre sa chose, a son fondement, non dans un contrat, mais dans l'état de fait où se trouve le précariste *(precario habere ab adversario)*.

(1) Diocl., C., IV, 64, 6 : *Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem juris auctoritas demonstrat.*

(2) Pap., *D.*, XXXIX, 5, 28; Diocl., *C.*, IV, 64, 6; VIII, 53, 9, 22, 1.

(3) Maximin, *C.*, V, 12, 6; Just., V, 13, 1, 13. Pernice (*ibid.*) a conjecturé que le premier texte a été interpolé et supposait une aliénation fiduciaire. Le prédécesseur de Maximin n'accordait qu'une *utilis condictio* : Alex.. *C.*, II, 3, 10.

(4) Pap., ap. Ulp., *D.*, X, 2, 20, 3, vise un partage d'ascendant et le compare à un échange fait *certa lege*. (Cf. Hermog., *D.*, II, 14, 45. Diocl., *C.*, III, 36, 14, 38, 7). Pomponius (ap. Ulp., X, 2, 18, 2) prévoit sans doute le cas où l'un des héritiers a été chargé d'ériger un monument au défunt. Cf. Pernice, III, 39, 2.

(5) Paul ne devait pas l'admettre, car c'est un pacte *facio ut des*. Alexandre Sévère et Dioclétien déclarent que ce pacte sera sanctionné par l'action *p. v.* lorsqu'on ne l'aura pas confirmé par une stipulation. (*C*,, II, 4, 6 et 33, 1.) Mais ces textes ont été vraisemblement interpolés : un rescrit de Caracalla, conservé au Code Grégorien (I, 1, 1) et reproduit au Code de Justinien (II, 3, 7) ne fait aucune allusion à l'action *p. v.* Aux Basiliques (Heimbach, I, 548), on a eu soin d'y ajouter la mention de cette action.

(6) *H. t.*, [*D.*, XLIII, 26], 1, 3; Paul, *h. t.*, 14 : *magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti, spectat precarii condicio.*

(7) Aliénation fiduciaire : Gaius, II, 60. Gage : Isid., *Or.*, V, 25, 17. Macer, *D.*, II, 8, 15, 2; Ulp., *h. t.*, 6, 4; Cels., 11. Vente : Ulp., *h. t.*, 20.

(8) Ulp., *h. t.*, 2, 3; Pomp., *h. t.*, 15, 2; Gaius, 3. Cf. Inscr. de Bénévent, Gatti, *Notizie degli Scavi*, 1897, p. 163.

(9) Même mobilière : Ulp., *h. t.*, 4 pr.; Pomp., *h. t.*, 10.

(10) Gaius, *h. t.*, 9.

(11) Pomp., *h. t.*, 1, 3, va jusqu'à dire que si le concédant stipule la restitution de la chose, le précaire s'évanouit. Celsus (*h. t.*, 12 pr.) déclare que le bailleur ne peut renoncer, même temporairement, à la faculté de révoquer.

A certains égards la situation du précariste est meilleure que celle du commodataire : il ne répond que de son dol; il a les interdits possessoires (p. 311). C'est un souvenir de l'époque où le précaire était considéré comme une donation révocable (1). La mort du bailleur ne met pas fin au précaire : il en est autrement de la mort du précariste (2).

Au cours de l'époque classique, on a quelque peu aggravé la responsabilité du précariste : il est tenu des cas fortuits s'il s'est laissé mettre en demeure (3). Julien accorde au bailleur, outre l'interdit *de precario*, une *condictio incerti* pour reprendre sa chose (p. 538, 1).

Au Bas Empire, le précaire est devenu un contrat innommé *(facio ut facias)* sanctionné par l'action *præscriptis verbis*. Le précariste est responsable de la faute lourde aussi bien que du dol (4).

§ 5. **La transaction.** — La transaction est une convention qui a pour but de terminer une affaire douteuse ou litigieuse moyennant des sacrifices réciproques (5). Elle ressemble au compromis et au pacte de serment en ce qu'elle suppose la renonciation à un droit prétendu. Elle en diffère à trois points de vue : *a)* la renonciation n'est pas gratuite ; elle exige des sacrifices réciproques ; elle implique ordinairement la formation de rapports nouveaux entre les parties; *b)* elle peut intervenir en dehors de tout procès né ou possible : il suffit qu'il y ait un droit douteux; *c)* la décision de l'affaire est l'œuvre des parties elles-mêmes (6), et non d'un tiers comme dans le compromis ou d'une seule des parties comme dans le serment.

1. Formes. — La transaction est, de sa nature, un acte complexe : elle tend, suivant les cas, à créer ou à éteindre une obligation, à transférer la propriété. Pendant longtemps on l'a traitée comme un simple pacte qui pour être efficace exigeait l'emploi d'une forme appropriée : stipulation, acceptilation, stipulation Aquilienne. On a fini par considérer la transaction comme un contrat innommé.

Au Bas-Empire, la transaction était parfois confirmée par un serment; elle avait alors une énergie particulière : le parjure encourait l'infamie, la perte du droit d'action et du bénéfice de la transaction ; il devait en outre payer la peine convenue en cas d'inexécution de la promesse (7).

(1) Ulp., *h. t.*, 8, 3; 1, 2; cf. *D.*, XLVII, 2, 14, 11.
(2) Lab., Sab., Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 8, 1; Cels., *eod.*, 12, 1.
(3) *Ibid.*, 8, 6 : *omnem causam debebit constituere*.
(4) Deux textes donnent au bailleur à précaire l'action *præscriptis verbis* qui sanctionne les contrats innommés (Jul., *h. t.*, 19, 2; Ulp., *eod.*, 2, 2 *in fine*.) L'interpolation est manifeste dans le premier : Julien n'a pas pu dire que la *condictio incerti* est une action *præscriptis verbis*. Elle est non moins certaine dans le second, car, dans un autre passage, Ulpien affirme qu'il n'existe pas d'action civile contre le précariste. (*D.*, XLVII, 2, 14, 11.) Ces textes ont dû être retouchés au Bas-Empire, et avant Justinien; un passage des *Sentences* de Paul (V, 6, 10) inséré dans le Bréviaire d'Alaric, accorde au bailleur à précaire une action civile : *Nam et civilis actio hujus rei sicut commodati competit*.
(5) Ulp., *h. t.*, [*D.*, II, 15], 1; Diocl., *C.* VI, 31, 3. Cf. C., civ. 2044.
(6) Certaines personnes peuvent transiger pour autrui : le tuteur, chargé de la gestion (Jul., *D.*, XLVII, 2, 57, 4), le curateur (Gaius, *eod.*, 55, 5), le mandataire général (Ulp., *D.*, II, 14, 12. Paul, *D.*, III, 3, 60, parle sans doute d'un mandataire *ad litem*).
(7) Arcad., *C.*, II, 4, 41.

2. Objet. — On peut transiger sur toute sorte de droits dont on a la disposition (1). Sont donc exclues les transactions sur l'état des personnes (2). — Les transactions sur une dette d'aliments non échue doivent être autorisées par le magistrat, à peine de nullité. On a voulu protéger l'ayant droit contre la tentation de sacrifier l'avenir pour un léger avantage à obtenir immédiatement (3).

3. Effet. — La transaction, comme le jugement, met fin à un différend (4). Mais tandis que le jugement est déclaratif, la transaction peut créer un droit nouveau. Le jugement est sanctionné par l'action *judicati;* la transaction, par l'action *præscriptis verbis*. Le jugement, au Bas-Empire, éteint le droit, non pas *ipso jure,* mais grâce à l'exception de chose jugée; la transaction réalisée par une stipulation Aquilienne éteint le droit *ipso jure*.

La transaction peut, comme toute convention, être attaquée pour cause d'erreur (5), de dol ou de violence (6). Mais la découverte de nouveaux documents ne suffit pas, à moins qu'ils n'aient été retenus frauduleusement par l'adversaire (7).

II. Sanction.

Celui des contractants qui a exécuté peut exiger la contre-prestation promise au moyen de l'action *præscriptis verbis*. C'est une action de bonne foi qui tend à faire indemniser le demandeur du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat (8).

A côté de l'action *præscriptis verbis,* il en est une autre : la *condictio ob rem dati*. Celui qui a exécuté peut répéter ce qu'il a donné. Cette action suppose en principe un enrichissement sans cause résultant d'une dation; par suite on ne peut l'exercer lorsque la prestation consiste en un fait : *nemo potest condicere factum* (9). La coexistence de cette action et de l'action contractuelle constitue une anomalie; la faculté de répéter

(1) Gaius, *h. t.*, 6, a fait supposer qu'on ne peut transiger sur les droits résultant d'un testament sans avoir vu et examiné les termes du testament; mais ce texte est extrait du *lib. 17 ad Ed. prov.* où Gaius s'occupait des conditions requises pour obtenir communication d'un testament. Il s'agit donc d'un empêchement et non d'une défense établie par la loi.

(2) Par exception Anastase (*C.*, II, 4, 43) a permis la transaction faite par un esclave ou un colon, lorsqu'elle est favorable à la liberté. Cf. sur ce texte, Accarias, *De la transaction*, 1863, p. 60; Bertolini, *Della transazione*, 1900, p. 140.

(3) Gord., *C.*, II, 4, 8. Un Sc. du temps de Marc-Aurèle avait exigé l'autorisation du magistrat pour les conventions à titre onéreux relatives à des aliments non échus et dus en vertu d'un acte à cause de mort (Ulp., *h. t.*, 8). Cette dernière restriction n'a pas été maintenue par Gordien.

(4) Diocl., *C.*, II, 4, 20.

(5) On s'est servi de documents dont la fausseté est reconnue. Leo, *eod.*, 42

(6) *Consult.*, I, 12; IX, 5.

(7) Diocl., *C.*, II, 4, 19.

(8) Justinien (*Inst.*, IV, 6, 28) cite parmi les actions de bonne foi celles qui sont données en vertu d'un *æstimatum* ou d'un échange : on aurait tort d'en conclure que, dans tout autre cas, l'action *p. v.* est de droit strict. Rien n'autorise à penser qu'il en ait été ainsi.

(9) Cette conséquence, admise encore par Marcien, est écartée par son contemporain Ulpien qui invoque l'autorité de Celsus (*h. t.*, 25; *D.*, XII, 6, 26, 12) : l'un et l'autre admettent la possibilité de répéter la valeur pécuniaire des *operæ fabriles* fournies par un affranchi (p. 105, 7).

répugne à l'idée de contrat : c'est un vestige de l'état du droit antérieur à l'admission des contrats innommés. La *condictio* a conservé son utilité dans les cas où le contrat n'a pu se former : elle est donnée comme jadis, à l'exclusion de toute autre action, mais on ne peut l'intenter lorsque l'action *præscriptis verbis* n'est plus possible parce que la chose a péri par cas fortuit. On a fait ici prévaloir l'idée de contrat; le débiteur est libéré comme tout débiteur contractuel d'un corps certain (1).

Quelques textes classiques permettent à celui qui a exécuté de répéter ce qu'il a donné, par cela seul qu'il a changé d'avis : c'est ce qu'on appelle une *condictio ex pænitentia*. Si cette action avait une portée générale, ce serait la négation de l'idée de contrat, puisqu'il dépendrait de celui qui a exécuté de revenir sur sa promesse, alors que l'autre partie est prête à tenir la sienne. Aussi est-on d'accord pour en restreindre l'application aux cas prévus : aliénation d'un esclave à charge de l'affranchir, remise d'une somme d'argent pour affranchir un esclave ou pour faire un voyage.

Le *jus pænitendi* (2) semble avoir sous Justinien une portée générale et s'appliquer à tous les contrats innommés. Il est vraisemblable que ce droit a été accordé ici, comme dans la vente et le louage, pour permettre aux faibles de se dédire d'une promesse extorquée par un puissant.

CHAPITRE VII

Les pactes.

En droit moderne, toute convention qui n'est contraire ni à la loi, ni aux bonnes mœurs est obligatoire. Il n'en est pas de même à Rome.

(1) Paul, *h. t.*, 5, 1; Diocl., *C.*, IV, 6, 10. A l'époque antérieure, les risques étaient à la charge de l'*accipiens* : celui qui avait exécuté le contrat pouvait répéter ce qu'il avait donné. On a par mégarde inséré au Digeste un texte appartenant à cette période : Cels., *D.*, XII, 4, 16.

(2) Ulp., *D.*, XII, 4, 3, 2 et 3; 5 pr. Quelques-uns de ces textes sont insérés au titre du mandat (Jul., *D.*, XVII, 1, 30; Gaius, *eod.*, 27, 1); on en a conclu que le *jus pænitendi* n'est autre chose que la faculté de révoquer qui appartient au mandant; il s'appliquerait uniquement dans les cas analogues au mandat. Mais l'aliénation d'un esclave à charge de l'affranchir, est un acte qui n'a pas d'intérêt pécuniaire pour l'aliénateur et qui par suite, au temps de Julien et de Gaius, ne pouvait donner lieu à un mandat. Cela est d'autant plus certain que, dans Gaius, il serait question d'un mandat *post mortem* dont ce jurisconsulte n'admet pas la validité. Ces textes devaient se rapporter primitivement à une aliénation faite avec pacte de fiducie. La fiducie n'existant plus sous Justinien, les compilateurs ne voulurent pas retirer à l'aliénateur la faculté de se repentir qu'il avait eue jusque-là; ils lui accordèrent l'action qui leur parut le mieux correspondre à l'action de fiducie, soit l'action *mandati*, soit la *condictio*, ce qui explique l'insertion de certains textes au titre *De condictione c. d. c. n. s.* et la mention de l'action *propter pænitentiam* substituée à celle d'action *fiduciæ* (*D.*, XII, 4, 5, 1). Cf. Lenel, *Sav. Z.*, IX, 182; Pernice, III, 134, 263; Heymann, *Freilassungspflicht und Reurecht*, 1905; Biondi, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, 1914, p. 41. Mais en substituant la *condictio* ou l'action *mandati* à l'action de fiducie, les compilateurs ont élargi la portée du *jus pænitendi* qui jusqu'alors ne pouvait résulter que d'un pacte joint à une dation.

Dans l'ancien droit, pour donner une valeur juridique à une convention, il fallait, en dehors d'un petit nombre de cas où elle était sanctionnée par la loi, recourir à une stipulation de peine. Dans la suite, le droit romain s'est rapproché du droit moderne grâce à une clause de l'édit par laquelle le Préteur promet de faire respecter les pactes qui ne sont ni entachés de dol, ni contraires à la loi, ni faits en fraude à la loi (1).

Pour faire observer ces pactes, le Préteur a eu recours à des moyens divers suivant la nature et l'objet du pacte : on ne s'occupera ici que des pactes qu'il a munis d'action. La jurisprudence a prêté son concours au Préteur : elle a rendu efficaces certaines catégories de pactes. Les empereurs ont aussi sanctionné quelques pactes. En dehors des conventions qui sont devenues des contrats de bonne foi, on peut distinguer trois sortes de pactes :

1° Les pactes adjoints au contrat pour modifier les droits et obligations des parties tels qu'ils résultent du droit commun;

2° Les pactes prétoriens, qui en très petit nombre ont été munis d'action par le Préteur;

3° Les pactes légitimes.

Tous les autres pactes sont des *pactes nus* (2). Les pactes relatifs au jeu et au pari, forment une classe à part : en principe, ils sont réprouvés par la loi.

I. Pactes adjoints aux contrats.

Ces pactes ont ordinairement (3) pour but d'étendre (4) ou de restreindre (5) les droits et obligations des parties, tels qu'ils résultent du droit commun. La valeur de ces pactes varie suivant qu'ils sont

(1) Cet édit, qui est antérieur à Cicéron (*ad Her.*, II, 13, 20 : *Ex pacto jus est: si qui quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit.* Cf. *De orat.*, II, 24), paraît dû au préteur Cassius (cf. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 33) et fut sans doute proposé au cours du VII[e] siècle. Le Préteur manifeste sa volonté de maintenir toutes les conventions rentrant dans la classe des *pacta conventa*, c'est-à-dire toutes celles qui n'étaient pas sanctionnées par le droit civil à titre de contrats ou comme modes d'extinction des obligations. L'édit ne fait à cet égard aucune distinction entre les pactes créateurs et les pactes extinctifs. Ulp., *D.*, II, 14, 7, 7.

(2) Cf. sur la notion des pactes nus chez les Byzantins, H Monnier, *La Meditatio de nudis pactis*, 1915, p. 77; 109. Cf. Riccobono, *Sav. Z.*, XLIII, 338.

(3) Parfois ils reproduisent une condition qui est de droit, comme pour en rappeler l'existence au débiteur : telle est cette clause qui est de style dans les constitutions d'hypothèque, et qui réserve aux créanciers le droit d'exiger du débiteur la différence entre le prix de vente de l'objet hypothéqué et le montant de la dette (p. 671, 5).

(4) Clauses étendant les droits en faveur du créancier : *Lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiæ*, antichrèse, droit de vendre le gage ou l'hypothèque. Clauses étendant les obligations du débiteur : garantie contre l'éviction (Pap., *Vat. fr.*, 8); obligation de manciper la chose vendue, de la libérer de l'hypothèque qui la greve ; concession d'un droit de rachat au vendeur.

(5) Clauses restreignant les droits du créancier : défense d'affranchir un esclave (Paul, *D.*, XL, 1, 9), de revendre une chose à tout autre qu'au vendeur (Paul, *D.*, XIX, 1, 21, 5). Clauses restreignant les obligations du débiteur : réserve d'une servitude au profit du vendeur d'un fonds (Lab., *D.*, XVIII, 1, 80, 1). réserve des fruits (Alf., *eod.*, 4, 3 et 4; L, 16. 205); d'une carrière (Jav., *D.*, XVIII, 1, 79); d'un sépulcre (Ulp., *D.*, XI, 7, 10). Déduction du montant du préjudice causé (Cato, *R.*, *r.*, 144 145). Maintien des servitudes existantes (*Veteres*, ap. Mod., XIX, 1, 39).

adjoints à un contrat de bonne foi ou de droit strict, suivant qu'ils interviennent lors de la conclusion du contrat ou après coup.

§ 1er. **Contrats de bonne foi.** — La question des pactes adjoints s'est posée d'abord pour les contrats de bonne foi, où le juge avait une latitude d'appréciation qui fait défaut pour les contrats de droit strict. Au temps de Cicéron, la question était discutée pour un des pactes qui devait être le plus usuel, celui qui impose à un acheteur le maintien du bail consenti par le vendeur : Servius accordait l'action du contrat. Labéon la refuse (p. 472, 4) lorsque le pacte a un objet distinct de celui du contrat, lorsqu'il ne se rattache au contrat que par un lien extérieur. Javolenus se place à un point de vue différent : il admet l'efficacité du pacte lorsque le vendeur a consenti une réduction de prix en considération de l'avantage que lui procurait le pacte (1).

Cette idée a été accueillie et généralisée par les jurisconsultes postérieurs (2) : ils n'exigent plus la preuve que le vendeur a diminué son prix ; à leurs yeux, cela va de soi (3). Même décision pour le bail à ferme (4). Mais il faut que le pacte ne soit pas contraire à la bonne foi : par exemple, il n'est pas permis de convenir que le débiteur ne sera pas tenu de son dol (5).

Plus difficile était la solution pour les pactes tendant à résilier le contrat de vente. On a vu que, pour le *pactum displicentiæ*, Sabinus autorise l'acheteur à rendre la chose dans le délai convenu, si elle ne lui plaît pas, et lui accorde l'action *empti* pour se faire rembourser le prix (p. 476, 1). C'est une extension, contenue dans certaines limites, du droit qui appartient à l'acheteur d'examiner la marchandise (6). La

(1) Lab., ap. Ulp., *D.*, XIX, 2, 11, 4 ; XVIII, 1, 78, 3, Jav. *eod.*, 79.

(2) Papinien a d'abord dénié toute valeur au pacte joint à la vente d'un esclave lorsqu'il s'inspire d'un sentiment défavorable à l'esclave. Tel le pacte *ne manumitteretur, ne in Italia esset*. L'action ne pourrait être donnée au vendeur que pour satisfaire sa vengeance (*D.*, XVIII, 7, 6, 1). Vainement aurait-il été convenu que l'acheteur payerait une peine en cas de contravention, cette peine ne pourrait être exigée, à moins que le vendeur ne se soit lui-même engagé par stipulation à la payer à un tiers (Pap., *eod.*, 7) : son intérêt pécuniaire l'emporterait ici sur toute autre considération. Cette conséquence une fois acceptée, Papinien n'a pas tardé à s'apercevoir que le point de départ de son opinion manquait de solidité : le vendeur peut toujours dire que pour faire accepter à l'acheteur une clause restrictive de sa liberté de disposer de l'esclave, il a dû consentir une diminution de prix. Dès lors il n'y avait pas de raison de distinguer entre les clauses favorables ou non : Papinien s'est rallié à l'opinion de Sabinus.

(3) Paul *D.*, XIX, 1, 21, 4 : *Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.* Cf. Kniep, *Præscriptio und Pactum*, 99.

(4) Gord., *C.* III, 41, 2, valide la *lex saltus* qui édicte une peine pécuniaire spéciale pour le cas où l'esclave du fermier a coupé frauduleusement des arbres à l'insu ou malgré la défense de son maître.

(5) Ulp., *D.*, L, 17, 23. Cf. Monnier, *op. cit.*, p. 102, 108.

(6) Le droit de *rachat* a donné lieu à des divergences : Proculus sanctionne le pacte par une action *in factum* (*D.*, XIX, 5, 12) ; Julien par l'action *venditi* (*D.*, XVIII, 1, 41). Alexandre Sévère donne le choix entre l'action *venditi* et l'action *præscriptis verbis* (*C.*, IV, 54, 2) ; mais cette option est due vraisemblablement à une interpolation : Tribonien a ajouté ici l'action *p. v.*, comme il l'a fait dans d'autres textes. Si le vendeur s'est réservé un droit de *préemption*, les jurisconsultes du IIIe siècle lui donnent l'action *venditi* (Paul, *D.*, XIX, 1, 21, 5 ; Hermog., *D.*, XVIII, 1, 75). S'il s'est réservé le droit de reprendre sa chose dans le cas où un tiers lui ferait des *offres* plus avantageuses, Julien n'hésite pas à sanctionner le pacte par l'action *venditi* ; l'acheteur a de son côté l'action *empti* pour se faire tenir

même solution a été adoptée, non sans résistance, pour les autres pactes résolutoires (1). Dès la fin du IIe siècle la jurisprudence admet que les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi font corps avec le contrat (2) : on les traite comme une *lex contractus* (3).

Les pactes adjoints *ex intervallo*, postérieurement à la conclusion du contrat, restent soumis au droit commun : faits dans l'intérêt du débiteur, ils ne donnent lieu qu'à une exception; faits dans l'intérêt du créancier, ils ne produisent qu'une obligation naturelle (4). Si le contrat est consensuel, on peut le mettre à néant par un pacte fait après coup, pourvu qu'il n'ait pas été exécuté *(rebus adhuc integris)*, et en refaire un nouveau où l'on introduira les changements convenus entre les parties (5).

Les jurisconsultes byzantins ont restreint l'efficacité des pactes adjoints à un contrat de bonne foi : le pacte ne doit pas être *extra naturam contractus*. Ce serait par exemple dénaturer le dépôt que d'autoriser le dépositaire à rendre *tantumdem* et non *idem* (6).

Lorsqu'un pacte est étranger à la nature du contrat, on ne peut le rendre efficace qu'en le confirmant par une stipulation de peine : tel est le cas où l'on vendrait un compartiment dans un monument funéraire sous la clause qu'on n'y déposera les cendres d'aucun mort (7).

§ 2. **Contrats de droit strict.** — La règle admise pour les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi a été étendue aux pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit strict. La difficulté venait ici de la forme de la stipulation, des pouvoirs limités du juge de l'action de droit strict; mais la rigueur avec laquelle on traitait primitivement les rapports dérivant des contrats de droit strict, s'affaiblit au cours de

compte des dépenses faites dans l'intervalle, si les revenus ne suffisent pas à l'indemniser.

(1) La *lex commissoria* a donné lieu à un vif débat qui durait encore au IIe siècle. Déjà, sous Trajan, Ariston avait jugé nécessaire de sanctionner ce pacte ; il accorde au vendeur une action *in factum* pour se faire restituer les fruits perçus par l'acheteur dans l'intervalle. Il lui paraît juste que l'acheteur qui a trompé la confiance du vendeur, en ne payant pas le prix dans le délai qui lui a été accordé, ne conserve aucun des profits qu'il a retirés du contrat (*D.*, XVIII, 3, 5). Pomponius (*D.*, XVIII, 1, 6, 1) donne l'action *venditi :* le vendeur, dit-il, ne demande pas que le contrat soit considéré comme non avenu; il veut seulement être dégagé de son obligation envers l'acheteur. Cette opinion a prévalu. (Ulp., *eod.*, 4 pr. : *Et quidem finita est emptio. Sed jam decisa quæstio est ex vendito actionem competere.* Alex., *C.*, IV, 54, 3).

(2) Marcel., ap. Ulp., *D.*, II, 14, 7, 5 : *Solemus... dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis.*

(3) Pap., ap. Ulp., *eod : Ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractus facta sunt.*

(4) Marcel., ap. Ulp., *D.*, II, 14, 7, 5 : *Ex intervallo non inerunt nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur.*

(5) Telle est la solution admise par Paul (*D.*, XVIII, 1, 72 pr.) lorsque le pacte a pour objet de modifier le prix. Papinien considérait la question comme douteuse, car le prix est un élément essentiel du contrat. Il s'exprime très nettement au contraire pour les pactes relatifs aux *admininicula*, tels que la garantie contre l'éviction : ceux qui diminuent l'obligation de l'acheteur font corps avec le contrat, mais non ceux qui l'augmentent. D'après Ulp., *D.*, II, 14, 7, 5, sa doctrine est un peu différente : il n'exclut que les pactes *extra naturam contractus*. Mais ce texte a été interpolé. Cf. G. Rotondi, *Bull. dir. R.*, 1912, XXIV, 108. Monnier, *op. cit.* 90.

(6) Pap., *D.*, XVI, 3, 24 : *Si ut tantumdem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.* Cf. p. 13, 8; 448, 6,

(7) Paul, *D.*, XI, 7, 11.

l'époque classique. On admit peu à peu que le pacte joint *in continenti* à une stipulation ferait corps avec le contrat (1).

Les pactes adjoints *in continenti* au *mutuum* (2) ont été d'assez bonne heure considérés comme faisant corps avec le contrat. Proculus l'admet pour les pactes qui diminuent l'obligation du débiteur; Ulpien, pour toute sorte de pactes (3). Seul le pacte d'intérêts, joint au *mutuum* d'argent, est sans valeur, mais il produit une obligation naturelle (369, 7).

II. Pactes prétoriens.

Les auteurs modernes donnent le nom de pactes prétoriens à quelques conventions, sanctionnées par l'édit du Préteur ; ce sont le constitut, le *receptum* avec ses trois variétés, le serment. La sanction donnée à ces conventions est souvent présentée comme une dérogation à la règle de l'inefficacité du pacte nu : il serait plus exact de dire que le Préteur s'est proposé bien moins de sanctionner un pacte que de réprimer un acte déloyal. L'Édit prétorien a sanctionné un autre pacte d'un caractère tout différent, l'hypothèque.

§ 1er. **Pacte de constitut.** — Le constitut est une convention par laquelle un débiteur ou un tiers s'engage à payer *à jour fixe* une dette préexistante (4). Le but et la portée de cette convention ont varié suivant les époques.

Anciennement, le constitut était pour le débiteur d'une somme d'argent un moyen d'obtenir un sursis (5) ; il s'appliquait au cas de *pecunia certa credita* (6). Le créancier avait le droit, si l'engagement n'était pas

(1) Julien l'admet dans le cas où il est convenu que le stipulant n'exigera pas le capital tant que les intérêts seront payés (ap. Paul, *D.*, II, 14, 4, 2 et 3). Paul déclare que la portée d'une stipulation est déterminée par les conventions préalables des parties. De là à décider que les pactes, ajoutés *in continenti* à la stipulation, feraient corps avec le contrat, l'intervalle n'était pas bien grand et fut aisément franchi (Cf. Scæv., *D.*, XLV, 1, 135, 2). — On a pourtant soutenu qu'il y a lieu de distinguer entre les pactes adjoints *ad minuendam* ou *ad augendam obligationem* : ceux-là seuls feraient corps avec le contrat. Cette restriction n'est conforme ni au motif invoqué par Paul dans la célèbre loi *Lecta* (*D.*, XII, 11, 40 : *Quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*), ni à l'interprétation plus souple des contrats de stipulation par la jurisprudence classique.

(2) P. 433, 4. Les textes manquent pour le contrat *litteris*.

(3) Ulp., *D.*, XII, 1, 11, 1 ; 7 : *Omnia quæ stipulationibus inseri possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ*. Alex., *C.*, II, 3, 10. Cf. Mod., *D.*, XXII, 2, 41, 1 : pactes autorisant un payement partiel; Paul, *D.*, XLVI, 1, 71 pr. : pacte de solidarité.

(4) L'expression *constituo me soluturum* était consacrée par l'usage pour désigner cet engagement (*constitum debiti proprii*). Le constitut peut aussi être fait par un tiers (*constitutum debiti alieni*) : c'est une sorte de cautionnement. Cf. Jobbé-Duval, *Grande Encyclopédie*, v° *Constitut*. Manenti a tenté d'établir une distinction entre le pacte et la convention et prétendu que le constitut n'est pas un pacte (*Studi Senesi*, VII, 107).

(5) Théoph., IV, 6, 8.

(6) Trois faits le prouvent : 1° l'action de constitut, comme l'action *certæ pecuniæ*, donne lieu à une *sponsio* : cette *sponsio* est une aggravation de celle qui avait lieu en cas de *pecunia certa credita* ; elle est de 50 pour 100 au lieu de 33 1/3 pour 100 ; 2° Justinien dit qu'on hésitait à admettre la validité du constitut fait sous condition (*C.*, IV, 18, 2); or, d'après Gaius (III, 124), il n'y a *pecunia credita* qu'en l'absence de toute condition ; 3° l'édit sur le constitut se rattache à l'édit *de rebus creditis* et sur les *condictiones* ; il vient immédiatement après dans les commentaires sur l'Édit et au Digeste; il forme comme un appendice à l'action *de eo quod certo loco*.

tenu, d'exercer l'action *de constituta pecunia*. Cette action donnait lieu à une *sponsio dimidiæ partis :* le créancier pouvait stipuler moitié en sus de ce qui lui était dû ; cette peine rigoureuse était la punition de la déloyauté du débiteur (1). Celui-ci pouvait à son tour faire une *restipulatio* de moitié pour le cas où le demandeur perdrait son procès (p. 883). L'édit autorisait en outre le créancier à déférer au débiteur le serment *in jure* comme dans l'action *certæ pecuniæ* (2).

Cette première application du constitut était usitée au temps de Cicéron (3). Bientôt après, on se servit du constitut pour modifier ou transformer une obligation préexistante, même non exigible (4), que cette obligation eût pour objet de l'argent ou des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent (5). Dès lors l'action de constitut, qui primitivement était pénale, devint une sorte d'action contractuelle (6) : la *condemnatio* est égale à *quanti ea res est* (7). Elle conserva cependant à quelques égards son caractère pénal jusqu'à Justinien : elle était, dans certains cas, annale et intransmissible. (C. IV, 18, 2, 1).

1. Éléments essentiels. — Les éléments essentiels du constitut, à l'époque classique, sont au nombre de trois. Il faut :

a) Une dette préexistante (8). Il n'est plus nécessaire que cette dette dérive d'un *creditum :* toute obligation, quelle qu'en soit la cause, peut être l'objet d'un constitut, l'obligation naturelle aussi bien que l'obligation délictuelle; mais on tient pour inexistante une obligation paralysée par une exception péremptoire (9). Il n'est pas nécessaire non plus que l'obligation résultant du constitut se forme entre les mêmes personnes que l'obligation préexistante. La promesse peut être faite par un tiers avec ou sans la volonté du débiteur, par un mandataire, un messager,

(1) Gaius, IV, 171; Ulp., *h. t.*, [*D.*, XIII, 5], 1 pr.. C'est l'un des cas très rares où les Romains ont consacré l'hemiolion, emprunté à la pratique grecque : le débiteur en retard devait payer moitié en sus du capital. Deux autres cas sont prévus, l'un par la table d'Héraclée (p. 620, 5), l'autre par *C. Th.*, IV, 19, 1 pr. Cf. Ed. Cuq, v° Usuræ, *Dict. Antiq.*, V, 610.

(2) P. 874, 8. Cf. Demelius, *Schiedseid*, 68; Lenel, I, 287; Jobbé-Duval, I, 187. D'après Karlowa (II, 1371), la création de l'action de constitut date de l'époque où ce pacte fut usité pour les dettes autres que les dettes d'argent. Anciennement, le constitut avait seulement pour effet d'accroître le montant de la *sponsio* et de donner lieu à la délivrance d'une formule *de certa pecunia credita* légèrement modifiée.

(3) Cic., *P. Quint.*, 5, 18; *Ad Att.*, I, 7 : *L. Cincio HS XXCD constitui me curaturum idibus Februariis. Ibid.*, XVI, 15, 5; *ad fam.*, VII, 4.

(4) Labéon (ap. Ulp., *h. t.*, 3, 2) suppose un constitut fait avant l'échéance d'une dette à terme. Il dit même que le constitut aurait été introduit surtout en vue des dettes à terme, ce qui est contraire à *C.*, IV, 18, 2. Il y a là, pour l'histoire du constitut, une difficulté non encore résolue.

(5) *C.*, IV, 18, 2 : *In his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res quæ in pondere numero mensurave sunt.*

(6) Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 18, 2. Conséquences : un pupille ne peut faire un constitut sans l'*auctoritas* du tuteur; le fils de famille qui fait un constitut oblige son père *de peculio* (Ulp., *h. t.*, 1, 2-3).

(7) A côté du constitut de payement, les textes prévoient la promesse de *satisdare* (Paul, *h. t.*, 21, 2), ou plutôt de *satisfacere* (*Nov.*, 115, 6), en fournissant une caution ou un gage. Il y a là une extension due soit à l'Edit (Lenel, I, 286), soit à la jurisprudence (Karlowa, II, 1379).

(8) L'édit contient ces mots : *Pecuniam cum constituebatur debitam fuisse.* Cf. Jobbé-Duval, *loc. cit.*

(9) Ulp., *h. t.*, 1, 6 et 8; 7; Paul, 29 ; Pomp., ap. Ulp., 3, 1.

un tuteur, un curateur (1). Elle peut être faite à un autre qu'au créancier primitif, si celui-ci y consent (2).

La portée du constitut fut par là même élargie. Le but que les parties se proposaient d'atteindre ne fut pas toujours un payement à date fixe, mais aussi un changement de débiteur, de créancier ou de modalités : on put modifier le lieu du payement, avancer l'échéance, proroger le droit du créancier qui n'avait qu'une action temporaire en promettant de payer à une date où elle est éteinte; on put même faire un constitut *sine die* (3).

b) Que le constitut ait pour objet de l'argent ou des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Cette restriction, qui a disparu sous Justinien, vient de ce que le Préteur a entendu pourvoir aux besoins les plus urgents, aux intérêts du commerce. Le constitut peut, d'après Ulpien, avoir un autre objet que l'obligation préexistante, pourvu qu'il soit de même valeur : le constitut est ici traité comme la dation en payement (4).

c) Que les parties aient la volonté de faire un constitut. La stipulation nulle comme telle ne saurait valoir à titre de constitut. Le consentement du créancier peut être tacite, mais non celui du débiteur; il était souvent manifesté par écrit (5). L'emploi du mot *constituo* n'est pas obligatoire.

2. Effets. — Le constitut donne naissance à une obligation et à une action nouvelles au profit du créancier (6). Cette obligation et cette action coexistent en général avec l'obligation et l'action primitives : en cela l'effet du constitut diffère de celui de la stipulation novatoire (7). Le créancier peut à son choix réclamer son payement en vertu de l'une ou de l'autre promesse. Il a intérêt à se prévaloir de l'ancienne, lorsqu'il a laissé écouler le délai d'un an qui lui est, dans certains cas, accordé pour exercer l'action de constitut; il préférera invoquer l'obligation nouvelle, lorsque l'ancienne était une obligation naturelle ou une obligation temporaire dont le délai est expiré.

L'exercice de l'action de constitut ne suffit pas pour éteindre l'action primitive : le payement seul libère le débiteur (8).

(1) Ulp., *h. t.*, 3, 2 et 3; 5, 8; 14, 3; Paul., 15 : *Quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.* La représentation fut admise ici, comme en matière de contrats, pour les pupilles, mineurs de 25 ans, fous, municipes (p. 409).

(2) Ulp., *h. t.*, 5, 2; Diocl., *C.*, VIII, 41, 7.

(3) Ulp., *h. t.*, 5 pr.; Paul., 4; 21, 1; Cels., Jul., ap. Ulp., 18, 1.

(4) Ulp., *h. t.*, 1, 5; cf. 11, 1 et 12.

(5) Ulp., *h. t.*, 1, 4; Jul., ap. Ulp., 5, 3; Scaev., 26. Cf. le constitut de l'apôtre saint Paul pour Onésime (Paul., *ad Philem.*, 17-19).

(6) Gaius, *h. t.*, 28; Ulp., *D.*, XV, 3, 15.

(7) Ulp., *h. t.*, 18, 3. La question avait été discutée.

(8) Le constitut peut exercer indirectement une influence sur l'obligation primitive soit en faveur du débiteur, soit en faveur du créancier. Lorsque le constitut modifie la dette primitive, le créancier est réputé accorder au débiteur un pacte de remise dans la mesure où l'obligation est modifiée : le débiteur peut s'en prévaloir sous forme d'exception. De même si le constitut est fait par un autre débiteur ou par un autre créancier, il implique un pacte de remise au profit ou à l'encontre de la personne qui figurait dans l'obligation primitive et qui n'a pas été partie au constitut. Mais le cas de beaucoup le plus fréquent, celui que visent les textes, c'est le cas où le constitut est dans l'intérêt du créancier : ici le créancier n'est pas réputé

§ 2. **Le *receptum* des banquiers.** — L'édit du Préteur prévoit trois cas très différents, dans lesquels une personne se charge *(recipere)* de faire quelque chose pour autrui (1) : le *receptum argentariorum,* le *receptum arbitrii,* le *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* (2).

Le premier est un pacte (3) par lequel un banquier se charge, pour le compte d'un de ses clients, de payer à un tiers une valeur déterminée. Ce pacte diffère à plusieurs égards du constitut : *a)* il est spécial aux banquiers; *b)* il peut avoir pour objet toute espèce de choses ; *c)* il n'exige pas une dette préexistante; par suite, il est obligatoire même si le banquier a cru par erreur être débiteur de son client; le banquier est tenu, comme il le serait aujourd'hui, par l'acceptation d'une lettre de change; *b)* il s'applique toujours à la dette d'autrui : il n'y a pas de *receptum debiti proprii ; d)* l'action qui le sanctionne est perpétuelle (4).

Le *receptum* des banquiers ne paraît pas avoir été usité dans les provinces de civilisation grecque; on avait recours à l'ἀναδοχή qui en était à peu près l'équivalent, mais qui était accessible à toute personne. En cela l'ἀναδοχή se rapprochait du constitut (ἀντιφώνησις) de la dette d'autrui, et, dans la pratique antérieure à Justinien, on associait parfois les deux mots pour désigner le cautionnement résultant d'un simple pacte (5). Justinien jugea inutile de maintenir dans la législation de l'Empire une institution étrangère aux pays d'Orient (6); il se contenta de lui emprunter deux de ses règles et de les appliquer au pacte de constitut. Le constitut put désormais avoir pour objet toute espèce de

avoir renoncé à son droit primitif; il ne dépend pas du débiteur de lui enlever le bénéfice du choix entre les deux créances (Pap., *h. t.*, 25 pr.).

(1) Le mot *recipere* indique une promesse particulièrement énergique Cic., *ad Att.*, XIII, 1, 2; *ad fam.*, VI, 12, 3 : *Non solum confirmavit, verum etiam recepit.*

(2) Les deux derniers ont chacun au Digeste un titre spécial. L'existence du premier est rendue vraisemblable par ce fait que, dans les commentaires sur l'édit *de receptis*, plusieurs textes sont étrangers aux autres variétés du *receptum* et parlent d'une promesse de payer la dette d'autrui. Ces textes ne contiennent pas le mot *receptum* parce que, Justinien ayant supprimé le *receptum* des banquiers, on a substitué *constituere* à *recipere.*

(3) On a prétendu que ce *receptum* est un contrat civil et solennel, parce que Justinien (*C.* IV, 6, 2 pr.) parle de *solemnia verba.* Cette opinion est peu vraisemblable : 1. Le droit civil s'applique à tous les citoyens; il ne pose pas de règles spéciales aux personnes exerçant une certaine profession. Il en est autrement de l'édit : on y trouve des règles particulières aux patrons de navire, aux maîtres d'hôtel ou d'écurie, aux *mensores* (*D.*, XI, 6); une clause oblige les banquiers à produire leurs livres en justice. Rien de plus naturel que le Préteur ait sanctionné le *receptum* des banquiers comme il a sanctionné les deux autres variétés de *receptum*; 2. les *solemnia verba* se rapportent (suivant Lenel, *E. P.*, 128) à la formule de l'action *recepticia;* ils ne peuvent fournir aucun indice sur le mode de formation du *receptum*; 3. bien que Justinien ait supprimé le *receptum* des banquiers, on retrouve au Digeste, dans les commentaires sur l'édit *de receptis*, quelques textes qui, dans leur forme actuelle, se rapportent au constitut, mais qui dans leur teneur primitive devaient s'appliquer au *receptum.* Tel est ce fragment où Paul parle d'un constitut qui aurait pour objet *decem et Stichum* (*h. t.*, 12) : du temps de ce jurisconsulte, le constitut ne peut avoir pour objet un corps certain. Il y a donc lieu de croire que le *receptum* des banquiers, comme les autres *recepta,* est un pacte prétorien. Cf. en sens contraire, Karlowa, II, 758.

(4) Theoph., IV. 6, 8; *C.* IV. 18, 2, 1.

(5) Cf. un papyrus de Florence de l'an 514, publié par G. Ferrari, *Tre papiri inediti greco-egizii dell' età bizantina*, 1908, p. 1190.

(6) C'est sans doute pour cela que Justinien déclare qu'elle était tombée en désuétude. Cf. Collinet, *Etudes*, I, 280.

choses; il fut sanctionné par une action perpétuelle (1). Pour le surplus, les règles du *receptum* furent abrogées : le constitut n'est pas un acte abstrait; il suppose, comme autrefois, une dette préexistante, et l'on peut opposer au créancier les exceptions qu'on aurait pu faire valoir contre l'obligation primitive (2).

§ 3. **Le compromis et l'arbitrage.** — Le pacte prétorien d'arbitrage suppose une convention préalable de compromis.

1. Compromis. — Le compromis est une convention par laquelle deux personnes s'engagent à confier la décision d'un différend (3) à un ou plusieurs arbitres choisis d'un commun accord (4). Elles s'obligent par là même à prêter leur concours à l'accomplissement de la mission de l'arbitre et à se soumettre à sa sentence. Cette convention, qui est subordonnée à la conclusion subséquente du *receptum arbitrii*, doit être confirmée par des stipulations réciproques (5) : chacune des parties promet une somme d'argent à titre de peine, en cas d'inexécution de son engagement (6). Sous Justinien, ces stipulations ne sont plus indispensables : la sentence est obligatoire pour les parties lorsqu'elles l'ont signée, ou lorsqu'elles ne l'ont pas attaquée dans le délai de 10 jours. Le contrevenant est passible d'une action *in factum* (7).

On peut faire un compromis en toute matière, à moins que la question ne touche à l'ordre public, à l'état des personnes, ou qu'elle n'ait pour objet une restitution *in integrum* (8).

Sont incapables de compromettre l'esclave, le pupille qui n'a pas l'*auctoritas* de son tuteur. La femme ne peut compromettre au nom d'autrui, car il y aurait intercession prohibée (9).

Le compromis finit par le décès, refus, déport ou empêchement de l'arbitre (10), par le décès de l'une des parties, à moins de clause contraire (11); par la perte de la chose litigieuse; par la transaction (12).

2. *Receptum arbitrii*. — C'est une convention par laquelle une personne accepte la mission qui lui est confiée par deux ou plusieurs

(1) C. IV, 18, 2. D'après le § 2, la loi n'a pas d'effet rétroactif.

(2) On a continué après Justinien à employer le mot ἀντιφώνησις pour désigner le constitut: *P. Caire*, 67095, l. 13, de l'an 548. Cf. *P. Oxy.* 136, l. 38-39, de l'an 583.

(3) Paul, *h. t.*, [IV, 8], 1.

(4) Sont incapables d'être arbitres ceux qui ne peuvent être juges : les mineurs de 20 ans (*h. t.*, 41), les femmes (Just., *C.*, II, 55, 6), ceux qui ont un intérêt personnel dans l'affaire (*h. t.*, 51). Le fils de famille peut être arbitre *de re patris*, comme il peut être juge (Gaius, *h. t.*, 6). D'après la loi Julia *judiciaria*, celui qui a été désigné par le Préteur pour juger une affaire ne peut en connaître comme arbitre (Ulp., *h. t.*, 9, 2).

(5) La stipulation est inutile lorsque les parties se consentent réciproquement un pacte de remise (Ulp., *h. t.*, 11, 3).

(6) La jurisprudence admet que la peine peut avoir tout autre objet (Ulp., *h. t.*, 11, 2); on peut même promettre *quanti ea res erit* (Paul, *h. t.*, 28). A défaut de peine, la stipulation donne lieu à une *actio incerti* (Ulp., 27, 7).

(7) C., II, 55, 5 pr. En 529, Justinien déclara obligatoire le compromis confirmé par un serment (*eod.*, 4, 1); mais en 539, cette décision fut rapportée. Nov. 82, c. 11.

(8) Lab., *h. t.*, 3 pr. ; Paul, 32, 6-7; Just., *C.*, II, 46, 3. Cf. C. Proc. 1004.

(9) Ulp., *h. t.*, 17 pr. ; 32, 8; Gaius, 35; Paul, 32, 2. Cf. C. Proc. 1003.

(10) Pomp., *h. t.*, 40; Ulp., 3, 1; 15.

(11) Ulp., *h. t.*, 27, 1; Jul., 49, 2.

(12) Paul, *h. t.*, 32, 5.

autres personnes en vertu d'un compromis, de trancher le différend qui les divise (1).

Nul n'est tenu d'accepter les fonctions d'arbitre, mais celui qui s'en est chargé ne peut se dispenser de statuer. En cas de refus, le Préteur l'y contraint (2), et, s'il y a lieu, punit sa déloyauté (3). Mais au lieu de promettre une action, comme pour le constitut, et de confier à un juge le soin de fixer le montant de la condamnation, le Préteur use des moyens de coercition dont il dispose : l'amende (4), et sans doute aussi la *pignoris capio*. Avant d'infliger l'amende à l'arbitre, le Préteur lui accorde un délai, s'il jure que la cause n'est pas encore élucidée dans son esprit.

L'arbitre peut se déporter pour une cause grave (maladie, inimitié, voyage urgent, charge publique, etc.), sur laquelle le Préteur statue après examen (5).

L'arbitre doit instruire l'affaire là où le compromis a été conclu (6); il convoque les parties par lettre ou par messager. Il doit statuer en leur présence (7), sur tous les points litigieux, dans le délai fixé (8). Il peut, comme un juge, imposer des cautions, accorder un terme de grâce (9). S'il y a plusieurs arbitres, ils doivent opérer ensemble et décider à la majorité. En cas de partage, ils nomment un tiers arbitre, s'il n'a été désigné d'avance dans le compromis. A défaut d'accord, le magistrat les forcera à choisir (10).

La sentence arbitrale est irrévocable (11) : elle n'est pas comme un jugement susceptible d'appel (12). On ne peut pas refuser de l'exécuter en alléguant qu'elle est inique (13) : cette allégation ne saurait infirmer l'obligation qu'on a librement contractée d'accepter la décision de l'arbitre (14). Il n'y a d'exception que pour le cas de dol (15).

§ 4. **Le *receptum* des armateurs, hôteliers, maîtres d'écurie.** — L'armateur d'un navire (16), l'hôtelier, le maître d'écurie, qui accepte,

(1) PED. ap. ULP., *h. t.*, [*D.*, IV, 8], 3, 2; 11, 2.
(2) Ulpien (*h. t.*, 3) explique les causes de l'intervention du Préteur : *Finge enim, ...post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiæ dantem, vel sordibus corruptum, vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere...*
(3) ULP., *h. t.*, 3, 3 : *Arbitrum cujuscumque dignitatis coget officio quod susceperit perfungi, etiamsi sit consularis.* Mais le Préteur ne peut user de contrainte à l'égard des magistrats en charge, d'un rang égal ou supérieur (PAUL, *eod.*, 4).
(4) PAUL, *h. t.*, 32, 12.
(5) ULP., *h. t.*, 9, 4; 11 pr., 15; 17, 1; PAUL, 32, 4.
(6) ULP., *h. t.*, 21, 10.
(7) JUL., *h. t.*, 49, 1. ULP., *h. t.*, 27, 4-5; SCÆV., 44.
(8) ULP., *h. t.*, 25 pr., 1; 27 pr.; SCÆV., 43; PAUL, 46; 32, 21; PAP., 33.
(9) JAV., *h. t.*, 39 pr.; PAUL, 32, 16. TREB., ap. ULP., 21, 2.
(10) ULP., *h. t.*, 17, 2; 17, 5-6; 27, 3; POMP., 18. Cf. C. Proc., 1017.
(11) GAIUS, *h. t.*, 20. Il en est autrement des décisions préparatoires : PAUL, 19, 2.
(12) Elle n'entraîne pas l'infamie : ULP., *D.*, III, 2, 13, 5.
(13) CARAC., *C.*, II, 55, 1. ULP., *h. t.*, 27, 2; PROC., *D.*, XVII, 2, 76.
(14) On a le droit de porter l'affaire devant le tribunal, mais on doit payer la peine convenue : PAUL, *h. t.*, 30.
(15) On écartera par l'exception de dol l'action résultant du compromis. On pourrait même exercer l'action *ex stipulatu* contre l'auteur du dol, si l'on avait inséré dans la stipulation la clause de dol (*h. t.*, 31; 39, 14).
(16) ULP., *h. t.*, [*D.*, IV, 9], 1, 2; LAB., ap. ULP., *eod.*, 1, 4.

même gratuitement (1), les effets, marchandises ou animaux (2), qu'un voyageur (3) lui confie, n'est, d'après le droit commun, responsable que de sa négligence. Mais, en vertu d'un pacte spécial, il peut s'obliger à les restituer intacts *(salvum fore recipit)* (4) : il est responsable du vol et de tout autre dommage, survenu même sans sa faute (5). Sous Justinien, il encourt cette responsabilité même en l'absence de pacte, mais il n'est pas tenu des cas de force majeure (6). L'armateur est responsable des effets ou marchandises reçus par ses préposés, alors même qu'on les aurait laissés sur le rivage (7).

La convention qui intervient entre les parties est sanctionnée par le Préteur au moyen d'une action *in factum* (8). Cette action, dans laquelle le pouvoir d'appréciation du juge paraît limité par une *taxatio* du Préteur (9), est *rei persecutoria*, perpétuelle et transmissible. Elle ne fait pas double emploi avec l'action *locati* ou avec l'action *depositi*, suivant que les parties ont traité à titre onéreux ou gratuit (10). Le Préteur a voulu assurer d'une manière efficace la sécurité des voyageurs fort compromise aux derniers siècles de la République (11).

§ 5. **Pacte de serment.** — L'ancien droit n'a connu qu'une sorte de serment extrajudiciaire : le serment *promissoire* (p. 420). A la fin de la République et sous l'Empire, le serment a deux autres applications (12) : il sert tantôt à garantir l'exécution d'une charge imposée par un testateur à un héritier ou à un légataire, tantôt à attester l'exactitude d'un fait accompli pour mettre fin à un différend. On ne s'occupera ici que de cette dernière application. C'est le serment décisoire du droit moderne (C. civ. 1358). Les règles relatives au serment déféré au début ou au cours d'un procès seront expliquées à propos de la procédure (p. 874 ; 896).

Lorsqu'il existe un différend entre deux personnes, l'une d'elles peut proposer à l'autre de le trancher par un serment : c'est un moyen d'éviter les frais et les chances d'un procès (13). Comme le compromis, le serment implique la renonciation gratuite à un droit prétendu ; mais

(1) POMP., ap. ULP., *h. t.*, 3, 1.
(2) ULP., *h. t.*, 1, 6 ; 1, 7 ; PAUL, *eod.*, 4, 2 ; GAIUS, 5 pr. : *Jumenta*. Cf. C. civ. 1782-1784 ; 1952-1954.
(3) Pour l'hôtelier, on distingue le voyageur de passage et le locataire permanent. L'édit s'applique uniquement à celui-ci. PAUL, *h. t.*, 6, 3 ; ULP., *D.*, XLVII, 5, 1, 6.
(4) UL., *h. t.*, 1, 8. Voir le texte de l'édit : *h. t.*, 1 pr. Cf. *P. Lond.* II, n° 301 du temps d'Antonin le Pieux ; III, n° 948 de l'an 236 ; *P. Grenf.* II, 108 de l'an 167 ; *P. Amh.*, 138 de l'an 326.
(5) GAIUS, *h. t.*, 5, 1 ; ULP., *h. t.*, 3, 1, où les mots *nisi si quid damno fatali contingit* sont interpolés.
(6) Cf. MITTEIS, *Grundz.*, 259. Dans un acte postérieur à Justinien (*P. Oxy.* 144 de l'an 580), le pacte de *receptum*, devenu inutile, manque ; on s'est contenté d'exclure la force majeure : δίχα θεοῦ βίας.
(7) POMP., 3 pr. Cf. pour le maître d'hôtel ou d'écurie, ULP., 3, 2 ; PAUL, 4, 1.
(8) ULP., *h. t.*, 3, 1 : *Ait Prætor ; nisi restituent, in eos judicium dabo.*
(9) PAUL, *h. t.*, 6, 2 : *Cujus factum prætor æstimare solet.*
(10) POMP., ap. ULP., *h. t.*, 3, 4 ; 3, 1.
(11) ULP., *h. t.*, 1, 1. L'édit existait au temps d'Auguste : Labéon s'en est occupé.
(12) Des lois d'époques très différentes ont exigé un serment spécial, soit de certains débiteurs insolvables (*nexi ; jusjurandum manifestationis* : Nov., 135), soit pour tenir lieu de satisdation (*cautio juratoria* : C., XII, 1, 17 ; I., 1. *Inst.*, IV, 11, 2).
(13) GAIUS, *h. t.*, [*D.*, XII, 2], 1 : *Maximum remedium expediendarum litium.*

cette renonciation est subordonnée à la décision de l'adversaire et non à celle d'un arbitre.

Le pacte de serment est usité en matière réelle, aussi bien qu'en matière personnelle; on en trouve aussi des applications relatives à l'état des personnes (1). Le serment est ordinairement déféré *extra judicium*, en dehors de tout procès; mais rien ne s'oppose à ce qu'il le soit devant le juge au cours du procès : il n'en conserve pas moins son caractère *facultatif* (2). Il en est autrement sous Justinien : en principe le pacte de serment ne peut plus avoir lieu en justice (3). C'est la conséquence de l'extension donnée au serment *in jure* qui peut être déféré en toute matière.

La prestation effective du serment n'est pas essentielle : celui qui défère le serment peut en faire remise lorsqu'il voit son adversaire disposé à jurer. Il suffit que l'offre de prêter serment soit acceptée (4). Si la proposition est acceptée et le serment prêté (5), les parties sont tenues de se conformer à un engagement religieux librement contracté. Lorsque le respect de la religion commença à s'affaiblir, le Préteur jugea utile de sanctionner le serment (6). Il le fit de deux manières : par un refus d'action ou, en cas de besoin, par une exception (7); en certains cas par une action *in factum*.

En matière personnelle, le serment prêté par le débiteur lui procure une exception pour écarter toute demande ultérieure en raison de la même dette. Cette exception peut être invoquée même par un codébiteur solidaire ou par un fidéjusseur : les Sabiniens considèrent la prestation du serment comme équivalente au payement (8). Le serment prêté par le créancier lui procure une action pour se faire payer ce qui lui est dû. Cette action est *in factum* : elle conduit au même résultat que l'action qu'elle remplace (9).

(1) Jul., *h. t.*, 12; Ulp., *eod.*, 13, 1; 3, 1; 3, 3, 13 pr.; Paul, 30, 4; Diocl., *C*., IV, 1, 6. Cf. Ed. Cuq, v° Jusjurandum (*Dict. Antiq.*, IV, 769).

(2) On a souvent prétendu que le pacte de serment est toujours extrajudiciaire, et l'on a invoqué en ce sens deux textes qui parlent du *jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur* (Paul, *h. t.*, 17 pr. Cf. Savigny, *Syst.*, VII, 84; Accarias, II, 623). Mais ces textes, dont l'un est dubitatif (*Ibid.*, 28, 10), et où le mot *judicium* a été interpolé et substitué au mot *jus*, ne sauraient prévaloir sur les exemples cités par Paul, *h. t.*, 30 pr.; 28, 6; Ulp., 9,6. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid in röm. Civilprozess*, 1887, a démontré que les textes du Digeste (XII, 2) forment deux groupes empruntés l'un aux commentaires sur le serment volontaire (Paul, 18 ad Ed.; Ulp., 22 ad Ed.), l'autre à ceux *de rebus creditis* (Paul, 28 ad Ed.; Ulp., 26 ad Ed.). Cf. Jobbé-Duval, I, 34; G. de Lapradelle, *L'évolution historique du serment décisoire en droit romain*, 1894.

(3) *C.*, IV, 1, 11, 12. L'exception est indiquée dans *D.*, XXII, 3, 25, 3 (interpolé).

(4) Paul, *h. t.*, 6.

(5) Le serment doit être prêté d'après la formule proposée par celui qui le défère (Ulp., *h. t.*, 3, 4). Antonin le Pieux permet de jurer *propria superstitione* (*h. t.* 5, 1). On discuta au IIIe siècle la question de savoir si l'on pourrait employer la formule propre à une religion réprouvée par la loi (il s'agit sans doute de la religion chrétienne). Ulpien (5, 3) se prononce pour la négative.

(6) Ulp., *h. t.*, 25. L'édit de *jurejurando* existait au temps de Cassius (Paul, *h. t.*, 26, 1; 28, 1) et même de Labéon (Pomp., *h. t.*, 41).

(7) Ulp., *h. t.*, 7 pr. Lenel (I, 167) pense qu'anciennement le Préteur procédait le plus souvent par voie de *denegatio actionis;* sinon il insérait une *præscriptio* dans la formule. Cette *præscriptio* fut remplacée plus tard par une exception.

(8) Paul, *h. t.*, 28, 1; Gaius, 27.

(9) Ulp., *h. t.*, 11, 1; 9, 2. Sur la rédaction de la formule, cf. Lenel, I, 170.

En matière réelle, le serment prêté par le possesseur lui confère toujours une exception pour écarter toute poursuite ultérieure du même adversaire; mais il n'a une action contre lui, pour recouvrer la possession perdue, que s'il a juré *rem suam esse* (1) : la chose est à moi. S'il a juré que la chose n'est pas au demandeur, *rem petitoris non esse*, il n'aura pas d'action contre lui en cas de perte de la possession, car *in pari causa potior est causa possidentis* (2). A l'inverse, le serment déféré par le possesseur et prêté par son adversaire confère à celui-ci une action pour se faire restituer la possession, mais cette action ne peut être invoquée que contre le possesseur actuel et ses ayants cause à titre universel. L'effet du serment, comme celui de toute convention, est limité aux parties contractantes (3).

La prestation du serment modifie profondément la situation respective des parties : pour obtenir gain de cause ou pour être protégé contre toute réclamation, il suffit à celui qui a juré de justifier du pacte et de la prestation du serment. C'est là une simplification au point de vue de la preuve : on n'a plus à discuter les titres de créance ou de propriété. On n'est même pas admis à prétendre que celui qui a prêté serment a commis un parjure (4) . l'autre partie a su à quoi elle s'exposait en acceptant une offre qu'elle était libre de décliner (5). Le serment a, sous ce rapport, une autorité plus grande que la chose jugée à laquelle on l'a comparé (6).

Le serment peut être déféré à un enfant aussi bien qu'à une femme : c'est à celui qui en prend l'initiative d'apprécier s'il convient de lui remettre la décision du litige. Mais le serment ne peut être déféré par une personne incapable d'aliéner (7), car le serment équivaut au payement.

III. Pactes légitimes.

Au Bas-Empire, la loi a consacré quelques dérogations à la règle : *Ex nudo pacto actio non oritur*. Elle a directement sanctionné le pacte de constitution de dot par faveur pour le mariage, le pacte de donation parce qu'il avait souvent un but pieux. Ce sont des pactes légitimes. On a déjà étudié le premier de ces pactes (p. 177); on ne s'occupera ici que de la donation.

§ 1er. Notion et formes de la donation. — 1. Notion de la donation. — La donation est un acte à titre gratuit, comme le commodat, le dépôt ou le précaire : l'une des parties procure volontairement à l'autre un avantage pécuniaire sans attendre d'équivalent. Mais la donation est

(1) Ulp., *h. t.*, 11, 1.
(2) Paul, *D.*, L, 17, 128 pr.
(3) Ulp., 11 pr.; 9, 7; 13 pr. Cf. C. civ. 1365.
(4) *Ibid.*, 5, 2; 9, 1; Carac., *C.*, IV, 1, 1. Cf. C. civ. 1363.
(5) Elle n'a que la ressource de demander la punition du parjure (*de perjurio quærere* : Paul, *D.*, XII, 3, 11; IV, 3, 20). Le parjure encourt l'infamie et la déchéance du *jus honorum* (Table d'Héraclée, l. 113), parfois la peine du stellionat (exil temporaire : Mod., *D.*, XLVII, 20, 4.) Depuis Zénon, il ne s'expose qu'à la vengeance divine (p. 7, 1).
(6) Paul, *h. t.*, 2; Gaius, 31; Ulp., *D.*, XLIV, 5, 1 pr.
(7) Paul, *h. t.*, 26 pr.; 17, 1; 35, 1.

soumise à des règles spéciales qui en font un acte juridique à part. Ces règles ont été successivement introduites par la loi, la coutume et la jurisprudence. Voici les principales :

La liberté de donner est restreinte par la loi Cincia; les donations sont interdites entre époux; elles sont interdites aux personnes qui administrent les biens d'autrui; elles sont, en certains cas, révocables; le concours de deux causes lucratives entraîne l'extinction des obligations; le donateur ne répond pas de l'éviction (1) à moins de s'y être obligé (2) ou d'avoir mancipé l'objet donné (3); il n'est jamais tenu de payer des intérêts moratoires (4); le donateur par voie de promesse jouit du bénéfice de compétence : on doit lui laisser une somme suffisante pour payer ses dettes et pour lui assurer des moyens d'existence (5).

Pour assurer l'observation des règles spéciales aux donations la jurisprudence a dû fixer les caractères qui leur sont propres; cela fut d'autant plus nécessaire que la donation n'a par elle-même aucune valeur juridique, et peut se manifester sous des formes diverses. Toute donation suppose :

a) L'appauvrissement du donateur. Il n'y a pas de donation sans aliénation : il faut qu'une valeur pécuniaire sorte du patrimoine du donateur pour entrer dans celui du donataire. Cette aliénation peut avoir lieu de trois manières : *dando*, par le transfert de la propriété ou d'une servitude (6) ou simplement de la possession (7); *obligando*, par la promesse d'un corps certain ou d'une quantité (8); *liberando*, par la remise d'une dette (9). L'appauvrissement ne résulte pas toujours d'un fait actif; une omission suffit : celui qui laisse usucaper une chose à son préjudice fait une aliénation; de même celui qui néglige d'accepter une hérédité pour la faire parvenir au substitué (10).

(1) Lab. ap. Ulp., *h. t.*, [*D.* XXXIX, 5], 18, 3.
(2) Sev. Car., *C.*, VIII, 44, 2
(3) La stipulation de garantie qui, en l'absence de mancipation, était d'usage dans la vente, ne l'était pas dans la donation. En cas de mancipation, le donateur avait soin de se soustraire à l'action *auctoritatis* en mancipant *nummo uno*. — Si le donateur a promis une chose *in genere* et que le donataire soit évincé de l'objet livré, le donateur reste obligé comme s'il n'avait rien remis. Pomp., *D.*, XXX, 45, 1-2; 46, applique à la donation la règle posée par Labéon pour le legs (*D.*, XXXII, 29, 3). Le donateur est tenu d'une action en exécution de sa promesse et non d'une action en garantie; il n'a pas à indemniser le donataire des conséquences de l'éviction. Cf. J.-E. Labbé, *De la garantie*, p. 111.
(4) Mod., *h. t.*, 22. Ce texte a été remanié : il présente comme une décision d'équité ce qui, à l'époque classique, était l'application du droit commun pour les promesses d'argent; puis il traite les dettes d'argent comme celles qui ont un tout autre objet.
(5) Pomp., *D.*, XLII, 1, 30, dont la fin est interpolée. (p. 860, 4).
(6) Pap., *D.*, VIII, 4, 17. La donation d'une hérédité que l'on a acquise d'un tiers ne fait pas du donataire un successeur universel : il faut lui transférer individuellement les divers éléments du patrimoine par les modes appropriés (*Vat. fr.* 263). Quant aux dettes, il doit indemniser le donateur de ce qu'il a déboursé. Papinien (*h. t.*, 28) accorde au donateur l'action *præscriptis verbis*, mais ce texte est interpolé : la contrainte dont parlait Papinien avait lieu *extra ordinem*.
(7) Ulp., *D.*, XXIV, 1, 46. La permission d'habiter gratuitement une maison est une donation : le propriétaire s'appauvrit du prix du loyer. Pomp., *h. t.*, 9 pr.
(8) Jul., *h. t.*, 2 pr., 1-2; Cels., 21, 1.
(9) Ulp., *h. t.*, 17.
(10) Paul, *D.*, XXIII, 5, 14, 3. Cf. p. 180, 3.

b) L'enrichissement du donataire, c'est-à-dire une augmentation du patrimoine sans une diminution corrélative. L'acquéreur qui fournit un équivalent n'est pas un donataire (1).

c) La volonté de faire une libéralité, c'est-à-dire une aliénation sans équivalent (2). On remarquera le caractère abstrait de cette condition : le motif particulier qui a déterminé le donateur est indifférent (3).

d) L'acceptation du donataire. En général, la donation a lieu en exécution d'une convention (4); elle peut aussi avoir lieu sans accord de volontés préalable, mais dans l'espoir que le donataire l'acceptera, par exemple lorsque je paye votre dette à votre insu. Dans ce cas, l'existence de la donation est subordonnée au parti que prend le donataire lorsqu'il a connaissance de l'aliénation faite en sa faveur : s'il ne refuse pas la libéralité dont il a été l'objet, la convention se forme tacitement et la donation se parfait. Dans le cas contraire, il n'y a pas donation; la valeur aliénée se trouve sans cause entre les mains de l'acquéreur et peut être répétée.

La notion de la donation qui vient d'être présentée n'a pas toujours été rigoureusement observée. La jurisprudence s'est montrée plus ou moins large, suivant les cas : *a)* la donation des revenus est en général permise (5) : exception est faite pour les intérêts de la dot qui sont affectés aux charges du mariage (6); *b)* en matière de donation entre

(1) Le cautionnement n'est pas une donation : si la caution s'appauvrit en s'obligeant envers le créancier, celui-ci ne s'enrichit pas. La renonciation à un cautionnement ou à une hypothèque n'est pas non plus une donation (Ulp., *D.*, XXXVIII, 5, 1, 19; Pap., *D.*, XX, 6, 1, 1).

(2) Jul., *h. t.*, 1 pr.

(3) Cela est vrai même des donations rémunératoires, bien qu'on l'ait contesté. La donation rémunératoire, reçue par le possesseur de bonne foi d'une hérédité, est réputée l'enrichir (Ulp., *D.*, V, 3, 25, 11). L'acceptilation, consentie au fidéjusseur à titre de donation rémunératoire, l'autorise à exercer un recours contre le débiteur, comme s'il avait fait un déboursé (Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 13; 12 pr.). La donation rémunératoire, faite par un maître à son esclave qui a payé son créancier, ne confère pas à celui-ci le droit d'agir de *in rem verso* (Ulp., *D.*, XV, 3, 10, 7).

(4) Cic., *Top.*, 8; Ulp., *h. t.*, 19, 2 : *Non potest liberalitas nolenti adquiri*. Savigny (IV, 145) a soutenu qu'un acte unilatéral suffit pour parfaire la donation. Si, en général, il y a convention, c'est que la donation exige pour sa réalisation un acte qui implique l'existence de cette convention (tradition, stipulation, acceptilation). Il en est autrement : 1° lorsque le donataire n'a pas conscience de l'acte du donateur ni de son enrichissement (libération d'un débiteur par un payement fait à son insu); 2° lorsque le donataire a connaissance de l'acte, mais ne se doute pas qu'il contient une donation (payement d'une dette inexistante à une personne qui croit à la réalité de la dette). Cette opinion a été justement critiquée : l'acceptation d'une tradition n'implique pas nécessairement l'acceptation de la donation (p. 277,5); on peut être d'accord sur le transfert sans l'être sur la donation (Jul., *D.*, XII, 1, 18). Africain (XXX, 108, 1) prouve la nécessité de l'acceptation : je suis créancier d'une chose comme légataire; un tiers la donne à mon esclave; ma créance est-elle éteinte par application de la règle sur le concours de deux causes lucratives? Non, *si ignorem rem meam factam esse*. On n'est donc pas donataire à son insu. Sans cela, dit Africain, il dépendrait de l'héritier de se libérer contre mon gré : *quod nullo modo recipiendum est*. Vainement Savigny admet-il que le donataire peut refuser une libéralité qui lui déplaît : ce correctif ne supprime pas l'intérêt de la question : car le donataire incapable ne peut user de cette faculté; le donateur ne peut plus révoquer la donation; sa mort, son incapacité n'exercent aucune influence. Cf. Burckardt, *Ueber Schenkungsannahme*, 1892.

(5) Cf. pour l'application de la loi Cincia, Gaius, *h. t.*, 11; Mod., *h. t.*, 23 pr.; pour la prohibition des donations entre époux : Jul., ap. Ulp., *D.*, XXIV, 1, 17 pr. Voir cep. Marcel., *eod.*, 49.

(6) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 21, 1.

époux, il est de principe qu'on doit appliquer la prohibition sans âpreté : on doit concilier l'affection des conjoints l'un pour l'autre avec les mesures prises pour sauvegarder leur fortune (1); *c*) la donation faite par un ascendant à un descendant qu'il a sous sa puissance devrait être sans valeur. Le fils de famille est un instrument d'acquisition pour son père : donner à son fils, c'est se donner à soi-même. En fait, les biens donnés font partie du pécule du fils, mais à la mort du père, ils rentrent dans la succession paternelle et se partagent entre tous les héritiers, à moins qu'ils n'aient été légués au fils par préciput (2). Au IIIe siècle, cette règle reçut un tempérament : on n'exige plus que les biens donnés soient légués à l'enfant; il suffit de prouver que le père a persévéré jusqu'à sa mort dans son intention libérale (3).

2. Formes de la donation. — La donation est un acte qui par lui-même est sans valeur juridique; il doit être réalisé par un mode approprié : mancipation, *in jure cessio* ou tradition, pour la donation par voie de dation; stipulation, pour la donation par voie de promesse; acceptilation, pour la donation par voie de libération. Ces modes n'étaient pas toujours suffisants pour parfaire la donation lorsqu'elle tombait sous l'application de la loi Cincia.

Au Bas-Empire, pour prévenir les contestations sur l'existence et l'étendue du droit conféré, Constantin subordonna la perfection des donations à une triple condition : rédaction d'un écrit indiquant les noms des parties, le droit conféré, l'objet donné; tradition effective en présence d'un grand nombre de voisins pris à témoin; déclaration consignée sur les actes du gouverneur de la province, ou à défaut sur les actes des magistrats du domicile du donateur : *insinuatio* (4).

Chacune de ces conditions a sa raison d'être : la première sert à prouver la donation, la seconde à empêcher un coup de force, une usurpation (5); l'insinuation est un mode de publicité. De ces trois conditions, la première n'est plus exigée par Théodose II qui permet de prouver de toute manière la donation (6); la seconde a été écartée par Constantin lui-même pour les donations entre ascendants et des-

(1) Paul, *eod.*, 28, 2 : *non amare nec tanquam infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.*

(2) Pap., *Vat. fr.*, 294-296. Les biens donnés ne peuvent, du vivant du père, devenir la propriété du fils que dans le cas d'émancipation; encore faut-il que le pécule ne lui soit pas retiré (Pap. *h, t.*, 31, 2). Ils ne peuvent après sa mort être usucapés par lui *pro herede*. Serv. ap. Ulp., *D.*, XLI, 5, 2, 2.

(3) Diocl., *Vat. fr.*, 281 : *Recepta humanitate placet.* Just., *C.*, V, 16, 25.

(4) *Vat. fr.*, 249 (de l'an 316). *C. Th.*, VIII, 12, 3. Cette formalité (*professio apud acta*) était depuis longtemps usitée (Alex. *Vat. fr.*, 266 *a.*; Diocl., *eod.*, 297). Cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, IV, 674. D'après *C. Th.*, III, 5, 1, elle a été rendue obligatoire par le père de Constantin, Constance Chlore. Il y a des doutes sur l'exactitude de l'adresse et de la souscription de cette loi qui pourrait être de Constance et de l'an 349. Dans le texte original de la loi de Constantin, il n'est fait aucune allusion à la décision de Constance Chlore; la matière paraît être réglementée pour la première fois. Il est peu vraisemblable que, trois ans après, Constantin, oubliant sa propre loi, se soit référé à celle de son père. Cf. Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 436; Seeck, *Sav. Z.*, X, 216.

(5) *Ad excludendam vim atque irreptionem.* On craint que la donation n'ait été extorquée par un puissant qui usera de violence pour obtenir la réalisation de la promesse. Cf. Monnier, *Etudes*, II, 85.

(6) *C.*, VIII, 53, 29 (Orient).

cendants et n'a jamais été appliquée, sauf de 415 à 417, aux donations avec réserve d'usufruit; elle n'est plus exigée par Justinien (1). Seule l'insinuation a été de tout temps maintenue, mais Théodose II en a dispensé les donations *ante nuptias* qui ne dépassent pas 200 solides; Justinien, toutes les donations inférieures à 300, puis à 500 solides, et même les donations supérieures à ce chiffre lorsqu'elles sont faites *ante nuptias*, pour le rachat des captifs ou pour d'autres causes favorables (2). La sanction de la formalité est rigoureuse : la donation non insinuée est nulle(3), mais seulement pour ce qui excède 500 solides (4).

La donation est devenue sous Justinien un pacte légitime (5) : elle est parfaite par le seul accord de volontés des parties (6). La tradition n'est plus qu'un mode d'exécution de la promesse; elle n'est même pas nécessaire sous Justinien pour le transfert de la propriété (p. 269, 4). L'insinuation n'est exigée que dans les cas précités (7).

§ 2. **Lois restrictives de la liberté de donner.** — Une loi Publicia défend aux patrons d'exiger de leurs clients, à l'occasion des Saturnales, autre chose que des flambeaux de cire. Elle voulut mettre fin à un abus (8); certains patrons réclamaient à leurs clients, à titre de cadeaux, de véritables donations (9). On ignore la sanction de la loi.

La loi Cincia, votée en 550, sur la proposition du tribun de la plèbe, M. Cincius Alimentus (10), défend aux avocats de recevoir de l'argent ou une valeur quelconque pour prix de leurs plaidoiries ou à titre de donation (11). Cette disposition fut surtout utile aux plaideurs,

(1) *C. Th.*, VIII, 12, 7; Théod. II, *eod.*, 8 et 9.
(2) Théod. II, *C. Th.*, III, 13, 4; Just., *C.*, VIII, 53, 34; 36.
(3) Les donations entre époux supérieures à 500 solides et non insinuées peuvent être validées par le testament du conjoint donateur : on les traite comme des donations à cause de mort (Just., *C.*, V, 16, 25). A tous autres égards, Justinien leur applique les règles de donations entre vifs.
(4) Just., *C.*, VIII, 53, 34, 1. Si l'objet donné ne peut être divisé sans inconvénient le donateur ou le donataire qui a la plus forte part peut conserver l'objet entier en désintéressant l'autre partie. *Ibid.*, 34, 2.
(5) *Contractus donationum.* *C.*, IV, 21, 17.
(6) *C.* VIII, 53, 35, 5; *Inst.*, II, 7, 2. Une règle analogue semble avoir été posée par Antonin le Pieux pour les donations entre ascendants et descendants (*C. Th.*, VIII, 12, 4). On n'exige ni mancipation ni tradition, mais seulement la preuve de la volonté de donner. Mais il est bien douteux qu'Antonin ait entendu attribuer cette efficacité au pacte : son but était d'empêcher une recherche indiscrète entre parents. Diocl., *Vat. fr.*, 314. Si l'on produit un écrit constatant que le donataire a été mis en possession, le donateur n'est pas admis à prouver que la tradition n'a pas été effective. D'ailleurs, si Antonin a permis de faire une donation par un simple pacte, l'innovation n'a pas été maintenue par ses successeurs : *Vat. fr.*, 263, 293, 297. Cf. Machelard, *Dissertations*, 360.
(7) Lorsqu'une personne a reçu du même donateur plusieurs libéralités, chacune d'elles doit être appréciée séparément : on n'a pas à rechercher si le total dépasse 500 solides. *C.*, VIII, 53, 34, 3. Les donations de rente viagère sont dispensées d'insinuation lorsque l'annuité ne dépasse pas 500 solides. *Ibid.*, 4.
(8) Macrob., *Sat.*, I, 7, 33. Cf. Plut., *Rom.*, 13; P. Diac., v° *Cereos*. On ignore la date de cette loi, mais il est vraisemblable qu'elle est le point de départ des restrictions à la liberté de recevoir à titre de donation. Girard, 925, 1, objecte que la loi Cincia range le patron parmi les personnes exceptées et que par suite elle aurait retiré aux clients la protection de la loi Publicia. Mais il n'est pas démontré que le patron ait été, dès l'origine, une personne exceptée. Cf. Mitteis, I, 154, 9.
(9) Cf. Plaut., *Men.*, IV, 2, 2.
(10) Cic., *De Or.*, II, 71, 286; *De senect.*, 4, 10.
(11) Tac., *Ann.*, XI, 5 : *Ne quis ob causam orandam pecuniam donumve acciperet.* C'est ce que Tacite appelle *mercedibus concionari*. Cf. XIII, 5. Gord., *C.*, II, 6, 5.

tels que les clients, incapables d'ester en justice sans l'intermédiaire de leur patron et par suite forcés de subir ses conditions (1). La loi avait pour sanction, d'après Tacite, une peine pécuniaire (2). La loi était *minus quam perfecta* (p. 127).

La même loi Cincia défend à toute personne de recevoir à titre de donation ou de présent une valeur supérieure à un taux déterminé *(modus legitimus)* (3). Ce taux ne nous est pas connu. Le législateur a voulu protéger les petites gens qui étaient souvent dans la nécessité de demander des services à autrui. La plèbe, dit Tite-Live, était devenue tributaire du patriciat (4).

La règle comporte quelques exceptions. Les donations qui peuvent s'expliquer autrement que par un abus d'influence sont permises, quelle qu'en soit l'importance (5). Telles sont les donations entre cognats (6), alliés, conjoints, fiancés; la loi y a joint les donations faites à un pupille par son tuteur (7), à un maître par ses esclaves ou par les hommes libres qu'il a possédés de bonne foi comme esclaves. Ce sont des *personæ exceptæ* (8).

La loi Cincia, dans sa disposition *de donis et muneribus*, est une *lex imperfecta :* elle n'a pour sanction ni la nullité de l'acte fait en contravention, ni une peine pécuniaire. Prohibitive dans le fond (9), elle ne l'était pas dans la forme (p. 127). Elle impose simplement au magistrat le devoir de ne pas se prêter à l'exécution d'une donation excédant le taux légal *(supra modum)*. De deux choses l'une : ou la donation est réa-

(1) Cic., *in Q. Cœcil.*, 20.
(2) *Ann.*, XIII, 42 : *Pœna Cinciæ legis adversus eos qui pretio causas oravissent.*
(3) Paul, *D.*, XLIV, 4, 5, 2.
(4) Cato, ap. Liv., XXXIV, 4 : *Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis jam et stipendiaria esse senatui cœperat.* Plaut., *Asinaria*, 167.
(5) La loi Cincia ne s'applique ni aux donations promises à une cité *ob honorem* (pour la remercier d'un honneur conféré), ni aux donations destinées à reconnaître un service rendu. Ulp., *h. t.*, 19 pr., 1 ; Paul, 34, 1 (texte interpolé).
(6) L'exception s'étend aux cognats juqu'au 5e degré et, au 6e, aux enfants issus d'un cousin ou d'une cousine. La donation à titre de dot est permise aux cognats quel que soit le degré de parenté. Sont également exceptées les personnes placées sous la puissance, la *manus* ou le *mancipium* d'un de ces cognats, et la personne qui a sur lui une de ces puissances. *Vat. fr.*, 298, 301, 305.
(7) *Vat. fr.*, 302-304. La loi Cincia procède par voie d'énumération. La jurisprudence a généralisé. Cf. Paul, V, 11, 6; *Vat. fr.*, 306.
(8) L'exception relative aux esclaves a paru singulière, puisqu'ils ne peuvent rien avoir en propre. Mais en fait on les considérait comme propriétaires de leur pécule; et il y a des exemples de cadeaux faits par un esclave à son maître. (Ter,, *Phorm.*, I, 1, 6.) La jurisprudence a étendu l'exception aux affranchis. (Sab., *Vat. fr.*, 307.) — Cette interprétation n'est pas admise par Mommsen (trad., VI, 2, 10) suivi par Girard, 995, 1. *Servus* désignerait ici l'affranchi et non l'esclave. Cette assertion est en contradiction : 1° avec le texte de la loi qui met sur la même ligne que les *servi* ceux qui *pro servis servitutem servierunt;* 2° avec le témoignage de Paul (*Vat. fr.*, 307) : c'est par voie d'interprétation qu'on a étendu aux affranchis la règle posée par la loi pour les esclaves et les assimilés : *His verbis « si quis a servis » servis liberti continentur ut patronis dare possunt.* L'extension a été admise sans réciprocité : cette distinction ne se conçoit que s'il s'agit d'une application de la loi par voie d'analogie, car le texte relatif aux *servi* est général : *si qui... accipit is(ve) duit.* Enfin l'expression *et hoc jure utimur* prouve que l'application de la loi aux rapports des affranchis (*Vat. fr.*, 309) avec leurs patrons est l'œuvre de la jurisprudence.
(9) Ulp., *Reg.* 1 : ... *Prohibet... et si plus donatum sit non rescindit.* Cf. pour les personnes exceptées, Paul, V, 11, 6 : *In infinitum donare non prohibentur. Vat. fr.*, 238 : *Inter se donare capere liceto.*

lisée, et le donateur n'a pas d'action pour répéter ce qu'il a livré; ou la donation n'est pas encore parfaite, et le donateur ne peut être judiciairement contraint à tenir sa promesse. Le magistrat refusera de présider à l'action exercée par le donateur; sinon, le donataire invoquera le secours *(auxilium)* d'un tribun de la plèbe qui ne lui fera pas défaut pour rappeler un magistrat au respect de la loi. En somme, la loi Cincia a entendu protéger les citoyens pauvres hors d'état de tenir une promesse de donation qu'on leur a extorquée. et non ceux à qui leur fortune a permis de faire des largesses. Ceux-ci ne peuvent se raviser et réclamer ce qu'ils ont donné.

Extension de la loi Cincia. — Le droit classique a maintenu la restriction établie par la loi Cincia (1) et en a étendu la portée sans en changer le caractère : la loi peut être invoquée par tous les citoyens. Cette extension fut la conséquence de la création par le Préteur de l'exception *legis Cinciæ*. Ce moyen de défense, substitué à l'*auxilium* des tribuns (2), facilita l'application de la loi sans lui enlever son caractère de *lex imperfecta*. Il en fut de même de quelques moyens de procédure utilisés dans certains cas par la jurisprudence : l'interdit *utrubi*, l'action rescisoire, la *condictio*. La donation *ultra modum* n'est pas nulle; elle est même inattaquable lorsqu'elle est parfaite : les innovations du droit classique ont eu seulement pour résultat de rendre d'une réalisation plus difficile la perfection de cette donation.

(1) La disposition de la loi Cincia sur les honoraires des avocats a été également maintenue et même aggravée par la loi Julia *judiciorum publicorum* : les contrevenants sont frappés de la peine du quadruple (Dio Cass., LIV, 18). Cette mesure excessive fut inefficace. Plus sage que ses prédécesseurs, Claude permet aux avocats de recevoir des honoraires, mais il leur défend d'exiger plus de 10 000 sesterces, sous peine d'être traités comme concussionnaires (Tac., *Ann.*, XI, 7). Cf. Plin., *Ep.*, V, 21. Dioclétien accorde à l'avocat 250 deniers pour la *postulatio*, 1 000 pour la *cognitio* (*C. I. L.*, III, p. 831, c. 7, l. 72-73). La demande en payement d'honoraires donnait lieu à une *persecutio extra ordinem* (p. 491, 2). En pratique, l'avocat exigeait une provision qui lui était définitivement acquise, à moins qu'il n'eût pas plaidé par sa faute (Diocl., *C.*, IV, 6, 11; Paul, *D.*, XIX, 2, 38, 1; Ulp., *D.*, L, 13, 1, 13). Alexandre Sévère prescrivit aux avocats de défendre gratuitement les plaideurs indigents (Lamprid., 43); une indemnité leur était accordée aux frais du Trésor (Cf. *Nov.*, 17, c. 3; 126, c. 1).

(2) Cette conjecture fournit la solution la plus simple des difficultés soulevées par la question de savoir quelle fut la sanction primitive de la loi : elle repose sur le témoignage de Tite-Live. Si la loi eut pour but de protéger les plébéiens, les tribuns eurent le devoir de prendre leur défense toutes les fois qu'on exigeait d'eux l'exécution d'une promesse *ultra modum*. On a objecté que les tribuns avaient, même avant la loi Cincia, le droit d'intercéder contre les actions nées de donations qui leur paraissaient critiquables : ils ne furent pas plus obligés d'en user après la loi, qu'à l'époque antérieure (Girard, 990, 1). Cette objection ne tient pas compte de ce fait que le droit d'intercession ne pouvait s'exercer d'une manière arbitraire et s'est développé progressivement. (Cf. Mommsen, trad. III, 334). Avant la loi Cincia, comment le tribun aurait-il justifié son intervention, alors que le patricien donataire demandait l'exécution d'un engagement régulièrement contracté? L'intercession a sa raison d'être pour empêcher un abus de pouvoir, mais non lorsqu'un magistrat veille à l'application de la loi. Tout autre fut la situation des tribuns après la loi Cincia : ils eurent le devoir d'intercéder en faveur des plébéiens, qui invoquèrent leur secours pour se défendre contre une promesse de donner *ultra modum*. La substitution de l'exception à l'*auxilium tribunitium* n'a pas modifié le système de protection accordé au donateur : l'intercession produit le même effet qu'une exception (Plut., *Quæst. Rom.*, 81). — Un autre exemple d'intercession des tribuns contre un décret qui refuse d'accueillir une action en revendication est cité par Liv., XL, 29 : *Auxilium tribunorum ad libros repetendos*.

L'exception permet au donateur de refuser l'exécution de la donation, s'il se repent d'avoir cédé à un mouvement irréfléchi. Elle peut aussi être invoquée sous forme de réplique, lorsque le donataire a une exception à faire valoir contre la réclamation du donateur. Le droit d'invoquer l'exception de la loi Cincia a été étendu par les Proculiens aux héritiers du donateur, et même à un tiers quelconque qui serait poursuivi à l'occasion de cette donation. C'est une exception *quasi popularis* (1). Mais la jurisprudence postérieure a restreint l'usage de cette exception au cas où la donation n'a pas été exécutée. Lorsque le donateur a persisté dans son intention libérale jusqu'à son décès, le donataire repoussera par une réplique de dol l'exception *legis Cinciæ* que lui opposeront les héritiers du donateur (2). Ce cas était le plus fréquent dans la pratique; de là, la maxime formulée par Papinien : *Morte Cincia removetur* (3).

La jurisprudence paraît avoir complété le système de protection organisé par le Préteur, en visant le cas où il était en défaut, celui de la délégation : elle accorde suivant les cas une action rescisoire ou une *condictio*. Elle a même permis d'attaquer par l'interdit *utrubi* une donation mobilière déjà exécutée. Pour comprendre le fonctionnement de ces moyens de procédure, il faut en examiner l'application aux modes employés pour *parfaire* une donation (4).

a) Donation par voie de dation. — La donation qui a pour objet un immeuble *mancipi* n'est parfaite que si l'immeuble a été mancipé et livré. S'il y a eu mancipation sans tradition, le donateur qui se repent d'avoir donné peut refuser de livrer : il écartera la revendication du donataire par l'exception de la loi Cincia. S'il y a eu tradition sans mancipation, le donateur resté propriétaire quiritaire, tant que le donataire n'a pas usucapé, peut revendiquer avec succès l'objet livré; il paralysera l'exception *rei donatæ et traditæ* opposée par le donataire en invoquant la réplique de la loi Cincia. — La donation d'un meuble se parfait par la tradition s'il est *nec mancipi*, par la mancipation suivie de tradition, s'il est *mancipi* (5). Il faut, de plus, que le donataire ait possédé, dans la dernière année, plus longtemps que le donateur, sans quoi celui-ci triompherait grâce à l'interdit *utrubi* (6).

b) Donation par voie de promesse. — Tant que la promesse n'est pas exécutée, le donateur peut repousser le donataire par l'exception de la loi Cincia. S'il a exécuté par erreur, croyant que le donataire est une personne exceptée, il peut répéter (7).

(1) *Vat. fr.*, 266. Cette exception est parfois conçue *in factum* (*Vat. fr.*, 310), mais on ignore dans quel cas on en faisait usage : peut-être lorsque le donataire était latin ou pérégrin (Huschke, *ad h. l.*; Lenel, II, 406).

(2) Carac., *Vat. fr.*, 266 *in fine*.

(3) *Vat. fr.*, 259

(4) L'expression *perficere donationem* revient constamment dans les textes relatifs à l'application de la loi Cincia (*Vat. fr.*, 259, 264, 293, 310, 313).

(5) *Vat. fr.*, 293. L'*accessio possessionum* est ici refusée au donataire, sans quoi le donateur ne pourrait jamais l'emporter sur lui.

(6) *Vat. fr.*, 311, 313.

(7) Il y avait des cas douteux : la donation *dotis causa* est permise aux cognats quel que soit leur degré. Labéon refuse d'étendre ce privilège aux cognates; Paul adopte l'opinion contraire pour une raison d'équité (*Vat. fr.*, 306).

c) Donation par voie de libération. — L'acceptilation rend la donation parfaite. Le donateur, qui n'a consenti qu'un pacte de remise, conserve le droit d'exiger le payement de sa créance : il paralysera l'exception de pacte par la réplique de la loi Cincia.

d) Donation par voie de délégation. — D'après Celsus, on vient au secours du donateur délégant de deux manières, suivant que le délégué a ou non payé le donataire, bénéficiaire de la délégation. Si le délégué n'a pas payé, on accorde au donateur une action rescisoire, par laquelle il poursuivra le débiteur comme s'il n'y avait pas eu délégation (1). Si le délégué a payé, Celsus autorise le donateur à exercer une *condictio* contre le donataire pour se faire restituer ce qui excède le taux légal. La concession de cette *condictio* semble une anomalie : elle s'explique si l'on remarque qu'elle est donnée dans un cas où l'exception n'est pas applicable sans que l'on puisse dire que le donateur ne mérite pas la protection de la loi, parce qu'il a de son plein gré exécuté la donation. La novation produite par la délégation a pour effet de le priver d'un moyen de défense qui lui appartient dans les donations par voie de promesse; elle rend le délégué non recevable à invoquer une exception *quasi popularis*. La jurisprudence a jugé équitable de rétablir l'équilibre en faveur du donateur, en lui accordant une *condictio*. Cf. Duquesne, *MC.*, I, 228.

L'opinion de Celsus n'est pas restée isolée : un siècle plus tard, Paul donne une décision analogue dans le cas où le donateur est le délégué au lieu d'être le délégant. Comme dans le cas précédent, le payement ne peut être considéré comme une confirmation de la donation, car le donateur ne peut se dispenser de payer le mari délégataire : la novation l'empêche d'invoquer l'exception de la loi Cincia. Paul lui accorde une *condictio* pour réclamer sa libération s'il n'a pas encore payé, ou, dans le cas contraire, pour se faire restituer ce qui excède le taux légal (2).

(1) Cels., *h. t.*, 21, 1. On a prétendu que ce texte a été interpolé afin de le mettre d'accord avec les règles nouvelles établies par Justinien pour la validité des donations supérieures à 500 solides. Cette assertion ne nous paraît pas certaine : la concession d'une action rescisoire est un procédé qui n'est pas étranger aux classiques; il y en a un autre exemple dans le cas du Sc. Velléien (p. 660).

(2) Paul, *D.*, XLIV, 4, 5, 5. Cf. Gide, *Novation*, p. 412, 3; Machelard, *Dissertations*, p. 388. On a proposé une autre explication de cette *condictio* : ce serait une survivance du régime antérieur à l'époque classique. La loi Cincia aurait été, dès le début, sanctionnée par une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste du donataire (Karlowa, II, 587; Girard, 990, 1). Cette conjecture est difficile à admettre, car, si la loi avait reçu une sanction aussi énergique, on ne voit pas pourquoi l'on y aurait renoncé à l'époque ultérieure, et cela pour y substituer le système si compliqué et parfois inefficace des exceptions et des répliques; ni pourquoi, par une singulière contradiction, la *condictio* refusée, en règle générale, au donateur, lui aurait été maintenue en cas de délégation. Aussi, pour faire accepter cette conjecture, en a-t-on proposé une seconde : la portée de la loi aurait été changée; on aurait transformé une loi prohibant les donations supérieures au taux légal en une loi soumettant les donations à des formes spéciales. Le seul argument spécieux que l'on ait invoqué à l'appui de l'opinion qui précède, c'est que la sanction attribuée à la loi Cincia a été consacrée, en 605, par la loi Calpurnia *repetundarum* : cette loi, voulant protéger les provinciaux pressurés par les magistrats, les autorise à répéter toute somme d'argent qui leur aura été extorquée, même sous forme de donation. Mais l'argument repose sur une confusion entre les deux clauses de la loi Cincia. La disposition, qui a été étendue, n'est pas la clause *de donis et muneribus* : la donation

La loi Cincia était encore en vigueur sous Constantin (1). Elle a dû bientôt après tomber en désuétude (2).

§ 3. **Prohibition des donations entre époux.** — Les donations entre époux ont été soumises à une règle spéciale, aux derniers siècles de la République : elles sont interdites. La portée de cette prohibition a été modifiée par un Sc. proposé par Caracalla. Il y a donc deux périodes à distinguer dans l'histoire de ces donations.

La prohibition des donations entre époux a été introduite par la coutume postérieurement à la loi Cincia (3) : elle date de l'époque où le mariage *cum manu* commence à être délaissé, où les divorces se multiplient. Deux raisons, dit-on, l'ont fait établir. On a voulu : empêcher les libéralités inconsidérées que l'affection réciproque des conjoints aurait seule motivées et qui les conduirait à leur ruine (4); empêcher que le maintien du mariage et la bonne harmonie entre les époux ne soient achetés à prix d'argent (5). De ces deux raisons, la seconde seule est décisive : on a craint que la cupidité de l'un des conjoints n'arrache une donation à la faiblesse de l'autre. La première raison n'aurait trouvé qu'une sanction très imparfaite dans la prohibition des donations : dans bien des cas, le conjoint donataire aurait dissipé les biens, et le but aurait été manqué.

1. Conditions d'application. — Il faut : l'existence d'un mariage légitime entre le donateur et le donataire (6) au moment où la donation a été faite (7); l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement simultané du donataire (8). L'appauvrissement doit résulter d'un fait actif et non d'une omission : la répudiation d'une hérédité en vue de gratifier le conjoint substitué ou héritier ab intestat ne constitue pas une donation prohibée (9). On est ici plus exigeant que d'ordinaire,

n'est ici visée que subsidiairement en tant qu'elle servirait à déguiser un acte de concussion; c'est la clause relative aux honoraires des avocats (cf. Mommsen, *Strafrecht*, III, 2, 11). Il est interdit aux magistrats *pecunias capere*, de même qu'il est défendu aux avocats *pecuniam donumve accipere* : dans les deux cas, la répétition a été admise. Rien ne prouve qu'il en ait été de même pour la seconde clause qui prévoit un fait bien moins grave : nulle part elle n'est présentée comme prohibitive en la forme, et la preuve qu'elle ne l'est pas, c'est que la donation est inattaquable lorsque le donateur l'a volontairement exécutée.

(1) *C. Th.*, VIII, 12, 4.

(2) *Nov.* 162, c. 1. Il n'était pas facile de l'appliquer lorsque la mancipation cessa d'être exigée, et que la tradition elle-même ne fut pas toujours indispensable.

(3) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXIV, 1], 1 : *Moribus apud nos receptum est.* Au temps de la loi Cincia, les conjoints figuraient parmi les personnes exceptées : les donations étaient donc permises même *ultra modum*.

(4) Proc., ap. Pomp., *h. t.*, 31, 7; Ulp., *eod.*, 1.

(5) S. Cæc., ap. Paul, *h. t.*, 2; *Oratio Antonini*, *eod.*, 3 pr.

(6) La nullité de la donation ne peut être invoquée par celui qui a contracté mariage en violation de la loi : il est exclu comme indigne, et les biens donnés sont attribués au fisc (Ulp., *h. t.*, 32, 28).

(7) Ulpien (*D.*, XXIII, 3, 12 pr.) annule la donation résultant d'une convention antérieure au mariage, mais réalisée après. Il y a là une exagération puisqu'on admet les donations entre fiancés.

(8) Ulp., *h. t.*, 5, 8; Paul, 14. Est valable la donation faite pour acheter un terrain destiné à servir de sépulture, pour rebâtir une maison incendiée; de même la donation *honoris causa*. Gaius, *h. t.*, 42. Ulp., 21 pr. *in fine*.

(9) Ulp., *h. t.*, 5, 16; Jul., ap. Ulp., 5, 13. Il en est de même lorsque la donation a pour objet une chose qui n'appartient pas au donateur (Treb., ap. Pomp., *D.*, XLI, 6, 3) : le donataire a une juste cause pour usucaper. Sous ce der-

parce qu'il s'agit d'annuler la donation. Mais il n'est pas nécessaire que la donation soit faite directement au conjoint : il suffit qu'il en profite, par exemple si elle faite à une personne placée sous sa puissance (1)

2. Donation déguisée. — Le droit romain n'a pas, comme le Code civil (art. 1595), étendu aux contrats entre époux la prohibition des donations : la vente faite de bonne foi est valable entre époux, même si elle est consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle de la chose. Il suffit qu'il n'y ait pas intention de donner (2). Dans le cas contraire, la donation déguisée sous l'apparence d'une vente est nulle. A cette règle, Neratius apporte un tempérament : si l'époux vendeur avait l'intention de se défaire de la chose et qu'il se soit contenté, pour gratifier son conjoint, de lui céder cette chose à un prix inférieur à sa valeur réelle, la vente sera maintenue, mais le vendeur pourra réclamer la portion du prix dont l'époux acheteur s'est enrichi (3). — La donation déguisée sous l'apparence d'un contrat de société est nulle par application de la règle qui frappe de nullité, même entre étrangers, les sociétés contractées *donandi animo* (4).

3. Sanction. — La donation prohibée est nulle *ipso jure* (5) : *a*) si elle a eu lieu par tradition, le donataire n'acquiert que la *possessio naturalis* protégée par l'interdit *unde vi*. — *b*) Si la donation a eu lieu par voie de promesse, le payement fait par le conjoint donateur ne transfère pas la propriété de l'argent livré : la revendication des écus est possible tant qu'ils sont reconnaissables. — *c*) La question est plus délicate si le payement a été fait par un tiers délégué par le donateur. D'après Celsus, le débiteur est libéré (6) : le mari devient propriétaire des écus, bien qu'en fait il ne les ait pas reçus. Tout se passe comme si le débiteur eût payé entre les mains du mari une somme que celui-ci aurait remise à sa femme à titre de donation; le payement est valable, la donation nulle (7). — *d*) L'acceptilation faite *donationis causa* est nulle

nier rapport, la décision de Trebatius doit être critiquée : l'usucapion ne devrait pas être admise au profit de celui qui sait contrevenir à la loi.

(1) Ulp., *h. t.*, 3, 2; *Vat fr.*, 269. Cf. J. Roman, *N. R. H.*, XXV, 629.

(2) Ulp., *h. t.*, 7, 6; Pomp., 31, 3.

(3) Ulp., *h. t.*, 5, 5. Cette distinction est étrangère à Julien.

(4) Ulp., *D.*, XVII, 2, 5, 2; *h. t.*, 32, 24. Pour les donations résultant d'une négligence volontaire (non-usage d'une servitude, renonciation à une exception qui aurait entraîné l'absolution du conjoint), le donateur peut, après le divorce, répéter la valeur dont le conjoint s'est enrichi. Ulp., *h. t.*, 5, 6-7; Ner., 44. Cf. Machelard, *Dissertations*, 282.

(5) Ulp., *h. t.*, 5, 3; Jul., *eod.*, 5, 4 : *perinde haberi ac si nihil promisisset.*

(6) Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 3, 12. Cf. Jul., *h. t.*, 39; ap. Afr., *D.*, XLVI, 3, 38, 1; ap. Ulp., *h. t.*, 5, 4-5. L'interprétation de ces textes soulève des difficultés sur lesquelles on consultera Gradenwitz, *Die Ungultigkeit obligatorischer Rechtsgeschafte*, p. 216; Riccobono, *Bull. dir. R.*, VIII, 190.

(7) D'après Julien (*l. c.*), le débiteur n'est pas libéré; il conserve la propriété des écus, à moins qu'ils n'aient été dépensés par la femme; il a, suivant les cas, la revendication ou une *condictio* fondée sur un enrichissement injuste. Julien admet toutefois que le débiteur peut opposer une exception de dol au délégant s'il est prêt à lui céder ses actions contre le conjoint délégataire. Le débiteur ne devrait-il pas être libéré *ipso jure* par le payement, suivant la règle (Paul., *D.*, XLVI, 3, 61) : *Quoties id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio?* Non, car l'argent qu'il a payé n'est pas censé être parvenu au mari. En fait, l'opinion de Julien aboutit au même résultat que celle de Celsus.

même si le conjoint a un codébiteur solidaire. Si l'acceptilation était consentie au codébiteur solidaire du conjoint, le codébiteur seul serait libéré (1) : c'est une dérogation au droit commun, à l'effet absolu de l'acceptilation; elle est d'autant plus surprenante qu'elle n'a pas été admise dans un cas analogue, pour l'application des lois caducaires : le legs de libération fait à un codébiteur solidaire capable profite à son codébiteur incapable (2).

Par application du principe, cité p. 522, 1, on écarte, dans les rapports entre époux, les conséquences trop rigoureuses du droit commun :

a) Si le conjoint, défendeur à la revendication, refuse de restituer, le *juramentum in litem* n'est pas admis; le défendeur payera seulement la valeur véritable de la chose, mais il doit garantir son conjoint contre l'éviction; cette promesse est d'ailleurs réduite au simple (3). — *b*) Si la revendication n'est pas possible et qu'on doive recourir à la *condictio*, le donataire n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement, apprécié lors de la *litis contestatio* (4). — *c*) Si le donataire a vendu l'objet donné et qu'il en ait acquis à la place un autre qui a péri, les risques sont pour le donateur (5). — *d*) A l'inverse, et comme compensation, si le donataire est insolvable, on accorde au donateur une action utile pour réclamer les choses acquises avec l'argent donné (6).

4. Sénatusconsulte de Caracalla. — Le régime appliqué aux donations entre époux a été atténué en 205. Jusqu'alors le donateur n'avait qu'un moyen de conserver à son conjoint le bénéfice de la donation : c'était de lui léguer les biens qu'il lui avait donnés. Le Sc. rendit inutile cette confirmation de la donation : si le donateur vient à mourir sans avoir révoqué la donation, ses héritiers ne sont plus recevables à l'attaquer (7). Il faut se garder d'en conclure que désormais les donations entre époux sont valables, mais révocables à volonté : la donation reste nulle, mais la nullité est susceptible de se couvrir (8).

La portée de ce Sc. a donné lieu à des divergences : tandis que Papinien la restreint aux *donationes rerum* (9), Ulpien l'étend à toute espèce

mais par une voie moins directe : elle a l'inconvénient de compliquer les rapports existant entre les parties. L'opinion de Celsus est plus simple, plus pratique; elle réalise un progrès.

(1) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 1.

(2) Paul, *D.*, XXXIV, 3, 29. Ulpien lui-même (*h. t.*, 5, 6-7) adopte une solution moins rigoureuse : il laisse l'acte extinctif (non-usage d'une servitude) produire son effet normal, mais il autorise une *condictio* contre le donataire après la dissolution du mariage.

(3) Ped., ap. Paul, *h. t.*, 36.

(4) Ulp., *h. t.*, 5, 18; 7.

(5) Pomp., *h. t.*, 29 pr. Au Ier siècle, Fulcinius Priscus laissait les risques à la charge du donataire.

(6) Paul (*h. t.*, 55) accordait seulement une *condictio* utile; une phrase, ajoutée par les compilateurs, mentionne, en outre, une revendication utile (p. 304, 5).

(7) Ulp., *h. t.*, 32, 2 : *Ait oratio : fas esse, eum qui donavit, pœnitere : heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse.*

(8) Ulp., *h. t.*, 32, 13; 33-35. Il en est autrement en droit français; d'après l'art. 1096, les donations entre époux sont valables, mais révocables à volonté.

(9) Ap. Ulp., *h. t.*, 23. Le texte du Sc. emploie le mot *eripere* qui ne peut s'entendre que d'un objet livré par le donateur. Même ainsi restreinte, la règle introduite par le Sénat est difficile à expliquer théoriquement : on ne conçoit pas qu'un acte, nul dès le principe, devienne valable, parce que celui qui en a eu l'initiative

de donation (1). Cette extension ne peut s'expliquer que par l'assimilation de la donation entre-vifs à une donation à cause de mort : comme la donation à cause de mort, elle ne produit d'effet qu'à la mort du donateur, et sous la condition de la survie du donataire. Cette assimilation n'est pas complète sous Justinien : la donation entre époux est traitée comme une donation entre-vifs quant à l'insinuation (2).

§ 4. Révocation des donations. — Les actes juridiques, régulièrement accomplis, sont irrévocables, sauf le cas de fraude envers les créanciers; les donations, au contraire, sont parfois révocables; telle est la règle admise à partir du IIIe siècle. Cette dérogation au droit commun est autorisée dans plusieurs cas.

1. Fraude a la légitime. — Depuis Alexandre Sévère, les donations excessives faites au préjudice d'un légitimaire peuvent être révoquées sur sa demande (3). La donation inofficieuse peut être attaquée comme le testament inofficieux. La même raison d'équité s'impose dans les deux cas : on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement (p. 711).

Le droit d'attaquer les donations inofficieuses diffère de la plainte d'inofficiosité en matière de testament : *a*) le droit du légitimaire fut, au début, subordonné à la preuve de l'intention frauduleuse du donateur; il semble que cette condition ait été maintenue par le droit postérieur (4). *b*) L'action intentée *ad exemplum inofficiosi testamenti* eut d'abord pour résultat de faire considérer les donations comme non avenues et de permettre au légitimaire de réclamer tout ce qu'il aurait recueilli à titre d'héritier du donateur. Sous Dioclétien, l'action n'est plus qu'une action en réduction : les donations ne sont révoquées que dans la mesure où elles dépassent la légitime (5). *c*) L'action peut être intentée alors même que le *de cujus* est mort intestat (6). A tous autres égards, les deux actions sont soumises aux

est décédé. La prohibition des donations entre époux étant motivée par l'état de mariage, on aurait dû laisser l'acte en suspens tant que le mariage subsiste; mais, alors, la donation devrait devenir efficace, quel que fût le mode de dissolution du mariage : divorce, mort du donataire ou du donateur.

(1) Ulp., *h. t.*, 32, 1; 33 : promesse d'une rente annuelle; 32, 23 : acceptilation. Cette extension est sujette à critique : la pensée qui a inspiré le Sénat, c'est que l'héritier du donateur n'enlève pas au donataire ce que le donateur a mis lui-même entre ses mains. Mais lorsque le donateur n'a pas jugé bon de tenir sa promesse, pourquoi forcer son héritier à l'accomplir? En retirant à l'héritier le droit d'attaquer une *donatio rerum*, le Sc. se borne à consacrer l'état de fait établi par le donateur. En appliquant le Sc. à la donation par voie de promesse, Ulpien va contre la volonté présumée du donateur. Cf. Machelard, 299; Gradenwitz, 249.

(2) C., V, 16, 25.

(3) Ap. Paul., *D.*, XXXI, 87, 3; Philip., *C.*, III, 29, 1 : *Ad deludendam inofficiosi querellam*; Diocl., *eod.*, 8, 1 : *Consilium et eventus*.

(4) Certains textes ne font pas allusion à cette condition (*C.*, III, 29, 2; *Vat. fr.*, 280), mais ce sont des décisions d'espèce; il n'était pas nécessaire de rappeler toutes les conditions requises pour l'exercice du droit. Ces décisions sont de Dioclétien ou de ses prédécesseurs; or on a vu que Dioclétien exige le *consilium fraudis*.

(5) Diocl., 8 pr. L'atteinte à la légitime s'apprécie au jour où la donation a été faite (*ibid.*, 7; *Vat. fr.*, 280). En cas de donations successives, il semble qu'on devait les réduire en commençant par la plus récente.

(6) Val., Gall., *C.*, III, 29, 3. On admet généralement une autre différence : le donateur lui-même peut demander la révocation pour cause de survenance d'enfants, lorsque la donation porte atteinte à leur légitime (Diocl., 5). Ce droit est sanctionné par une *condictio ex lege*.

mêmes règles : c'est une voie de recours subsidiaire; le légitimaire doit avoir été injustement privé de sa part; l'action est exclue par tout acte du légitimaire impliquant l'approbation de la donation (1).

2. Survenance d'enfants. — D'après un rescrit de l'an 249, les donations d'un patron à son affranchi sont révocables *ad nutum* (2); mais, depuis 355, la donation faite par un patron sans enfants n'est révocable que pour survenance d'enfants (3).

3. Inexécution des charges. — Une donation peut être faite *sub modo :* elle impose au donataire une charge qui consiste généralement en une prestation pécuniaire, telle qu'une rente à servir à un tiers (4). Les donations *sub modo* ont un double but : un but principal, l'enrichissement du donataire; un but accessoire, l'exécution de la charge qui lui est imposée. Cette charge n'est pas toujours obligatoire pour le donataire : ce n'est parfois que l'expression d'un désir; si le donataire n'en tient pas compte, le donateur ne peut répéter ce qu'il a donné (5). Tel est le cas où je vous fais une donation pour vous permettre de voyager, d'acheter un fonds. Dans tout autre cas, le donateur n'eut pendant longtemps aucun moyen de contrainte contre le donataire, à moins d'avoir stipulé l'exécution de la charge.

Vers la fin du IIIe siècle, une doctrine nouvelle se fait jour : le pacte joint à la dation faite *donandi animo* oblige le donataire, indépendamment de toute stipulation (6). Le donateur a dès lors un double droit : il peut répéter ce qu'il a donné si, à l'époque ou dans le délai fixé, la charge n'a pas été accomplie; il peut aussi forcer le donataire à exécuter la charge. Le premier droit est sanctionné par une *condictio* (7) : c'est l'application de la règle qui permet de répéter la dation faite en vue d'une cause déterminée, lorsque cette cause n'est pas réalisée. Mais le donateur n'a qu'une action personnelle : il n'a pas, comme en droit français, une action en révocation opposable aux tiers (C. civ. 954). Le second droit du donateur est sanctionné par l'action *præscriptis verbis,* comme s'il y avait entre le donateur et le donataire un contrat innommé. Mais cette conception n'est possible que dans les rapports du donateur et du donataire : lorsque la charge était imposée au profit d'un tiers, on accorda, par faveur, au bénéficiaire, une action utile contre le donataire.

(1) P. 713, 8. Diocl., *C.*, III, 29; 4, 6; cf. Constantius, *eod.*, 9.

(2) Philip., *in Vat fr.*, 272. Ce droit du patron fut vraisemblablement étendu au père émancipateur.

(3) *C. Th.* VIII, 13, 3. Cette cause de révocation a aujourd'hui une portée générale : C. civ. 960, 961.

(4) Cf. Gaius, *D.*, XXXV, 1, 17, 4. Cette acception du *modus* n'apparaît que dans les textes du IIIe siècle, et encore n'est-il pas sûr que le mot n'ait été interpolé. Le sens technique qui vient d'être attribué au *modus* est certain sous Justinien, comme le prouve la rubrique (*C.*, VIII, 54) : *De donationibus quæ sub modo.*

(5) Nerat., ap. Ulp., *D.*, XXIV, 1, 13, 2; S. Cæc., ap. Pap., *D.*, XXXV, 1, 71 pr. Cette règle parut trop absolue à Julien (*D.*, XXXIX, 5, 2, 7) qui, développant une idée de son maître Javolenus (*D.*, XXIV, 1, 50, 1), proposa de considérer l'intention du donateur comme une condition, l'acte comme une dation *ob causam.*

(6) Val., Gall., *C.*, IV, 6, 3; Diocl., *eod.*, 8. Valérien et Gallien accordent une revendication utile, lorsque la charge imposée au donataire consiste en une pension alimentaire (*C.*, VIII, 54, 1).

(7) Pap., *D.*, XIX, 5, 8.

4. Ingratitude. — Le droit de révocation pour cause d'ingratitude fut accordé d'abord aux père et mère (1), puis à tous les ascendants (2). Justinien l'a concédé à tous les donateurs, mais pour éviter des difficultés d'appréciation, il a fixé les cas d'ingratitude (3). Le droit de révocation est sanctionné par une action personnelle; il ne peut donc s'exercer contre les tiers qui ont acquis sur la chose un droit réel. Le donateur seul a qualité pour en faire usage, et il ne peut s'en prévaloir contre les héritiers du donataire (4).

5. Clause de retour. — Lorsqu'une donation est faite sous un terme ou une condition résolutoire, la propriété retourne de plein droit au donateur à l'arrivée du terme ou de la condition. La clause de retour est sanctionnée par une action réelle (5).

IV. Pactes prohibés : jeu et pari.

La loi défend de parier ou de jouer de l'argent (6). Le pacte est nul, même s'il est fait en forme de *sponsio*. Le gagnant n'a pas d'action contre le perdant (7). Celui-ci peut, s'il a payé, répéter ce qu'il a donné (8). Sous Justinien, l'action en répétition se prescrit par 50 ans (9).

Par exception, sont autorisés par la loi les pactes relatifs aux jeux propres à montrer la vigueur du corps, tels que la lutte, le saut, la course, le jet d'un javelot (10). Ces pactes sont sanctionnés par une action lorsqu'ils sont revêtus de la forme d'une stipulation ; sinon ils ne produisent qu'une obligation naturelle

Justinien a interdit les jeux de hasard sous peine d'amende ; il n'en permet que cinq en limitant à un sou d'or la valeur de l'enjeu (11). Les évêques sont chargés de veiller à l'application de la loi avec le concours des gouverneurs de provinces.

(1) *C. Th.*, VIII, 13. 1-2 (Orient). Le droit du père fut établi par Dioclétien ; celui de la mère soumis à des conditions spéciales en 349. Cf. *D.*, XXXIX, 5, 31, 1.
(2) Valent., III, *eod.*, 6 (Occident).
(3) *C.*, VIII, 55, 10 : injure grave, attentat à la vie du donateur, dommage considérable causé à ses biens, refus d'accomplir les charges de la donation. En consacrant cette dernière cause d'ingratitude Justinien a-t-il entendu abroger les lois antérieures qui sanctionnaient d'une manière plus efficace le droit de révocation pour inexécution des charges? Le doute vient de ce qu'il a reproduit ces lois dans ses compilations : ce doit être une inadvertance. Cf. C. civ. 955.
(4) *Ibid.*, 7 et 10, 2. Cf. C. civ. 953, 956-959.
(5) Just., *C.*, VI, 37, 26 : *Cum enim jam constitutum est fieri posse temporales donationes*. Cf. l'interpolation d'un rescrit de Dioclétien (*Vat. fr.*, 283) dans *C.*, VIII, 54, 2. Cette interpolation a été contestée par M. Appleton (*Propriété prétorienne*, II 176) qui pense que, même sous Justinien, la propriété ne saurait être transférée *ad tempus*. Mais la comparaison des deux textes prouve leur identité d'origine et rend manifeste la correction de Justinien (Pernice, III, 9).
(6) P. 367, 1 ; 568, 1. Lois citées par Marcien, *D.*, XI, 5, 3. Cf. C. civ. 1965.
(7) Cf. Paul., *D.*, XLIV, 5, 2, 1.
(8) Ulp., *D.*, XIX, 5, 17, 5.
(9) *C.*, III, 43, 1, 2.
(10) Paul., *D.*, XI, 5, 2, 1. Cf. C. civ. 1966.
(11) *C.*, III, 43, 1 ; 1, 4, 25.

CHAPITRE VIII

Obligations quasi-contractuelles.

Les rédacteurs des Institutes de Justinien appellent quasi-contractuelles certaines obligations imposées par la loi, mais dont les effets sont analogues à ceux des obligations nées du *mutuum*, du mandat ou de la société. Ce sont les obligations résultant d'un enrichissement injuste, de la gestion d'affaires, de la tutelle (p. 216), de l'indivision (1), du voisinage de fonds ruraux.

I. Enrichissement injuste.

L'un des préceptes fondamentaux du droit aussi bien que de la morale est de rendre à chacun ce qui lui appartient : *suum cuique tribuere.* Les Romains ne l'ont jamais méconnu, car il faisait partie du fonds d'idées morales commun aux peuples gréco-italiques; mais ils ne lui ont attribué à l'origine et dans la sphère du droit qu'une portée limitée. Ses deux principales applications étaient : le respect du droit de propriété, le respect des engagements solennellement contractés. C'était l'essentiel dans un état de civilisation où les rapports d'affaires étaient peu compliqués, où les occasions de contracter étaient peu nombreuses.

A mesure que les idées morales des Romains se sont affinées sous l'influence de la philosophie grecque, ces applications ont paru insuffisantes. On a déduit du vieux précepte une nouvelle conséquence : on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui (2). Pris dans sa généralité et avec le caractère absolu que lui donnaient les philosophes, le principe n'était pas susceptible d'être consacré par le droit (3) : il était en bien des cas contraire aux exigences et aux besoins du commerce (4); on a dû tenir compte des lois économiques qui régissent les rapports d'affaires. C'était là une tâche difficile : la jurisprudence a procédé avec circonspection, et la théorie qui se dégage de ses décisions n'a pris

(1) *Inst.*, III, 27. Cf. Gaius. *D.*. XLIV, 7, 5. C. civ., 1370, 1381.
(2) Cf. Plaut., *Asin.*, 172; Ter., *Andr.*, IV, 1, 1; Cic., *De off.*, III, 5.
(3) On a souvent prétendu que les Romains ont donné à ce principe une portée générale. On a invoqué en ce sens deux fragments de Pomponius : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri (D.*. XXIII, 3, 6, 2). *Bono et æquo non convenit aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum (D.*, L, 17, 206). Mais on ne saurait attribuer à ces deux propositions une valeur absolue qu'elles n'avaient pas dans la pensée de leur auteur. La seconde est relative à l'exercice de l'action *rei uxoriæ* lorsque la dot a été constituée avec estimation : si cette estimation est trop faible ou trop forte, elle sera rectifiée par le juge, parce que l'un des conjoints ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'autre. Quant à la première proposition, elle est extraite du livre 9 des *variæ lectiones*, et c'est le seul fragment que l'on ait de ce livre; on ignore donc à quelle occasion elle a été écrite.
(4) Il n'y aurait pas de commerce possible, s'il n'était permis de réaliser un bénéfice en traitant avec autrui. Il est de l'intérêt de chacun de consentir un léger sacrifice pour se procurer plus facilement les objets qui lui sont nécessaires.

une certaine ampleur qu'au siècle des Antonins. Nous allons rechercher à quelles conditions l'enrichissement réalisé aux dépens d'autrui donne naissance à une obligation.

Si l'on se place à la fin de l'époque classique, trois conditions sont requises : *a*) un enrichissement aux dépens d'autrui. L'enrichissement résulte en général d'un acte juridique entraînant une augmentation du patrimoine : acquisition d'un droit de propriété, d'usufruit (1), de créance (2), acquisition de la possession, libération d'une servitude, acceptilation d'une dette (3). Il y a aussi enrichissement lorsqu'on évite une diminution du patrimoine : un vendeur a omis, lors du transfert de la propriété, de se réserver une servitude de passage comme il était convenu lors du contrat ; un héritier a omis d'exiger du légataire d'usufruit la promesse de jouir en bon père de famille (4). Il y a enrichissement pour l'acheteur, pour le légataire.

b) L'enrichissement doit en général avoir lieu sans la volonté de la personne qui subit le préjudice (construction sur le terrain d'autrui, payement d'une dette par un tiers qui croit être le débiteur, gestion des affaires d'autrui alors qu'on croit faire sa propre affaire). s'il y a donation ou commodat, le principe n'a pas d'application. Il en est autrement dans quelques cas exceptionnels où l'enrichissement résulte d'un acte volontaire de celui qui a subi le préjudice : lorsque le droit n'admet pas la validité de l'acte (donation entre époux, incapacité du *tradens*, intérêts usuraires, payement de l'indû) ; lorsque l'acte est révocable (donation à cause de mort) ; si l'acte a été fait en vue d'une cause qui n'existe pas ou ne s'est pas réalisée.

c) L'enrichissement doit être injustifié. Le critérium pour apprécier cette condition est susceptible de varier suivant les époques ; il dépend des usages. Ainsi l'on permet au possesseur de bonne foi d'usucaper, de garder les fruits de la chose d'autrui ; on tolère cet enrichissement qui s'exerce aux dépens d'un propriétaire négligent. Dans la vente, il est permis de se circonvenir réciproquement *(dolus bonus)* : l'un achète la chose au-dessous de sa valeur réelle, ou l'autre en retire un prix supérieur.

§ 1er. **Sanction.** — 1. *Condictio.* — C'est en matière d'enrichissement injuste que le droit civil a pour la première fois admis qu'une obligation, non délictuelle, pourrait se former sans solennité. Il a sanctionné directement par une *condictio* un devoir consacré par l'usage des honnêtes gens. Ce devoir consiste à ne pas retenir injustement le bien d'autrui, à rendre à chacun ce qui lui appartient (5).

Cette sanction, donnée par l'ancien droit à un acte non solennel, est une anomalie qui s'explique historiquement ; on a étendu au droit privé une règle du droit public. La *condictio* rappelle, par sa forme et

(1) Paul., *D.*, XII, 6, 12.
(2) Ulp., *D.*, XII, 7, 1 pr. ; 1, 2 ; Jul., *eod.*, 3.
(3) Paul., *D.*, XII, 6, 15, 1 ; Ulp., *eod.*, 5, 6 ; Jav., *D.*, XII, 4, 10.
(4) Pomp., *D.*, XII, 6, 22, 1 ; Marc., *eod.*, 40, 1 ; Ulp., *D.*, VII, 9, 7 pr. ; VII, 5, 3, 1.
(5) Ulp., *D.*, XII, 5, 6 : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici : in qua sententia etiam Celsus est.*

par son objet, la procédure consacrée par le droit fécial (1). Elle était, au temps des actions de la loi, précédée d'une sommation; elle avait pour objet la répétition d'une valeur (2), injustement conservée par le défendeur. C'est en raison de cette origine que les Romains rattachent la *condictio* au *jus gentium* : ils ont constaté de bonne heure qu'elle était en usage chez tous les peuples avec lesquels ils étaient en relations. Ils lui donnent pour fondement *bonum et æquum* parce qu'elle consacre, non pas une règle arbitraire, mais un devoir de morale *(suum cuique tribuere)* (3). Sous ce rapport, elle tend au même but que l'action de bonne foi et l'exception de dol (4).

Aux yeux des *Veteres*, la *condictio* n'a pas son fondement dans la volonté expresse ou tacite des parties. Cette assertion n'est pas en contradiction avec l'emploi de la *condictio* pour sanctionner les trois contrats de *mutuum*, de stipulation, d'*expensilatio*. Dans le *mutuum*, ce qui est essentiel, c'est la remise de la chose : le devoir de restituer n'existe que dans la mesure de la dation; la volonté des parties n'y peut rien changer. Cette volonté n'est donc pas ici l'élément prépondérant. L'action qui sanctionne le *mutuum* se justifie par l'idée qu'il est contraire à l'usage des honnêtes gens de conserver ce qu'une personne, confiante en notre loyauté, nous a prêté : l'emprunteur qui ne restitue pas commet un abus de confiance. Il en est de même du promettant qui n'accomplit pas l'engagement résultant de la stipulation ou de l'*expensilatio ;* la stipulation implique la confiance du stipulant dans la loyauté du promettant : *verbis credimus*. Enfin dans ces trois contrats, les pactes adjoints *in continenti* furent à l'origine sans valeur : la volonté des parties n'était donc pas ici l'élément décisif.

A l'époque classique, la *condictio* a toujours eu pour but, dans ses applications multiples, d'empêcher l'enrichissement injustifié d'une personne aux dépens d'une autre. Elle a permis à la jurisprudence de combler bien des lacunes de la procédure, en procurant une voie de recours à des personnes qui ne pouvaient invoquer une obligation découlant d'un contrat ou d'un délit. Aussi la théorie de la *condictio* tient-elle une place importante dans l'histoire de la législation romaine. Elle s'est développée à la fin de la République en même temps que celle des *tituli possessionis* et des causes d'usucapion, en même temps que la théorie des contrats consensuels.

Ces trois théories présentent un trait commun, qui caractérise la tendance dominante de la jurisprudence au temps de Cicéron et d'Auguste : c'est la recherche du motif ou du but économique des actes sociaux pour lui donner une valeur juridique. C'est une réaction contre le système antérieur qui ne connaissait que les actes abstraits. Mais tandis qu'en consacrant les contrats consensuels, on s'est borné à élever au rang d'actes juridiques des pactes conclus sans observer les formes du droit, dans la théorie des *condictiones* on a fait un pas de plus : on a

(1) Liv., I, 32 : *Jus... quod nunc feciales habent descripsit, quo res repetuntur.*
(2) Gaius, II, 283.
(3) Cels., *D.*, XII, 1, 32; 6, 47; Marc., *D.*, XXV, 2, 25.
(4) Scæv., *D.*, XXVI, 7, 58 pr; Ulp., *D.*, XLIV, 4, 2, 3.

permis d'attaquer un acte régulièrement fait d'après le droit civil, de répéter une acquisition non justifiée, réalisée aux dépens du patrimoine d'autrui. C'est le triomphe de l'équité sur le droit strict.

On n'examinera ici que les cas d'enrichissement injuste sanctionnés par une *condictio*, en laissant de côté les applications déjà étudiées en matière de stipulation, *expensilatio, mutuum*.

Suivant une loi bien connue de l'histoire du droit, le principe qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui a été consacré dans des cas particuliers (1) avant de recevoir une portée générale. Sous la République, on a utilisé la *condictio* créée par les lois Silia et Calpurnia; on a aussi créé des actions spéciales (2). Sous l'Empire, on a multiplié les applications (3). L'œuvre de la jurisprudence a été surtout importante, soit au point de vue pratique, soit au point de vue doctrinal. D'une part, elle a donné au principe une large extension en procédant de deux manières : elle a d'abord cherché à étendre l'application de la *condictio*; elle a ensuite jugé préférable d'utiliser partout où c'était possible les voies de droit existantes. D'autre part, elle a tenté de réunir les divers cas d'application des *condictiones* en un petit nombre de groupes.

a) Extension de la condictio. — Au Ier siècle, les Sabiniens accordent la *condictio* là où il existe une action réelle ou de bonne foi (4). Les Proculiens la refusent (5) et leur opinion a prévalu; ils n'autorisent la *condictio* qu'au profit d'un non-propriétaire (6), ou pour réclamer la

(1) 1° Pour répéter une *pecunia certa* (action *certæ pecuniæ*) ou toute autre *res certa* (*condictio certæ rei*) promise par stipulation ou *expensilatio*, ou due en vertu d'un *mutuum*. On assimile la *res certa* solennellement promise à celle qui a été effectivement livrée. Dans les deux cas, il y a un fait matériel qui rend manifeste l'injustice de celui qui prétend conserver, après l'échéance, la valeur reçue ou promise. 2° Pour répéter le payement de l'indû (*condictio indebiti*). 3° Pour réclamer un objet volé (*condictio furtiva*).

(2) Proposées par la loi, par l'édit, par la jurisprudence : 1° l'action *sacramenti* par la loi Calpurnia de 605 et par la loi Junia contre les concussionnaires (Loi Acilia, *CIL*., I, 198, l. 23); 2° la *condictio ex lege repetundarum* contre les tiers qui ont profité de la concussion (Cic., *p. Rab. Post.*, 4, 8-9 : *Jubet lex Julia persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit, pervenerit... hoc totidem verbis translatum caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia*. La loi Servilia a été rendue, suivant Mommsen, *Strafr.*, III, 6, peu de temps avant 643); 3° l'action contre les héritiers du concussionnaire en vertu de la loi Julia *repetundarum* de 695 (Scæv., *D.*, XLVIII, 11, 2), successivement appliquée à tous les délits prétoriens (p. 556, 4); 4° l'action *rerum amotarum* contre la femme répudiée qui a détourné certains biens du mari; 5° l'action édilicienne *in factum* tendant à la restitution du prix à l'acheteur après la résiliation de la vente (*Vat. fr.*, 14); 6° l'action Paulienne utile contre le tiers acquéreur à titre gratuit, qui n'est pas complice de la fraude commise par le débiteur envers ses créanciers; 7° l'action *de in rem verso* donnée contre le *paterfamilias* en raison du profit qu'il a retiré d'un acte (contrat ou délit) accompli par son fils ou son esclave sans son ordre ou en dehors de l'administration du pécule (p. 407); 8° l'*in integrum restitutio* promise par le Préteur pour rescinder une usucapion accomplie au préjudice d'une personne absente pour le service de l'État, ou retenue en captivité, et dans quelques cas analogues; 9° l'*in integrum restitutio* promise au mineur de 25 ans contre le tiers qui s'est enrichi à ses dépens; 10° l'action utile donnée contre le pupille ou contre le fou en raison du profit qu'il a retiré d'un dol commis par le tuteur ou le curateur (*D.*, XXVI, 9, 3).

(3) Sc. Juventien; rescrits d'Antonin le Pieux sur la vente des biens héréditaires par le possesseur de l'hérédité (Jul., *D.*, IV, 2, 18) et sur l'obligation du pupille qui a géré les affaires d'autrui (Ulp., *D.*, III, 5, 3, 4), rescrit de Marc-Aurèle (p. 539, 7).

(4) Ap. Ulp., *D.*, XIII, 3, 2; XVII, 2, 47; pr., XII, 7, 2. Cf. *D.*, XLVII, 2, 25, 1.

(5) Ap. Ulp., *D.*, XIX, 2, 19, 6; Proc., *D.*, XII, 6, 53.

(6) Proc., *l. c.* Au début du IIe siècle, Celsus accorde la *condictio* de la manière

possession d'un immeuble dont on a été expulsé par la violence, d'un meuble volé, d'une chose qu'on a donnée à précaire (1). Au IIe siècle, Julien et Pomponius permettent de répéter une promesse sans cause (2), une *cautio* qu'on a omis d'exiger, une servitude qu'on a négligé de se réserver, comme il était convenu avec l'acquéreur (3).

Plus importante est la *condictio* des impenses faites par un débiteur snr la chose d'autrui, lorsque l'ayant droit a négligé d'user de son droit de rétention. Ici la *condictio* n'est plus une action en répétition; il n'y a pas eu dation proprement dite de l'une des parties à l'autre : on réclame une prestation distincte.

L'extension donnée à la *condictio* n'a pas été sans quelque résistance. Certains jurisconsultes refusaient d'appliquer à la dot la *condictio* des impenses que le mari avait négligé de retenir. Papinien n'admet pas la *condictio cautionis;* il permet seulement d'opposer l'exception de dol. Pour lui la *condictio* sert à reprendre, à recouvrer ce qui est passé sans cause de notre patrimoine dans le patrimoine d'autrui (4). Marcellus et Ulpien sont d'un autre avis : ils acceptent la *condictio* des impenses en matière de dot (5), et la *condictio obligationis* (6).

Dans ces divers cas, lorsque l'enrichissement a pour objet autre chose que de l'argent ou une *res certa,* la *condictio* est qualifiée *incerti* (7).

b) Classification des condictiones. — Si Julien et les jurisconsultes de son école ont élargi la sphère d'application des *condictiones* (8), ils ont cependant senti qu'il y avait une part de vérité dans l'opinion des Proculiens qui n'admettaient la *condictio* qu'à défaut d'un autre moyen d'empêcher l'enrichissement injuste. Aussi ont-ils cherché à définir les cas où la *condictio* devait être admise. Ils les ont répartis en un certain nombre de groupes afin de marquer leurs caractères propres et distinctifs. Mais ce programme n'a été réalisé qu'en partie : laissant de côté les *condictiones* résultant du *mutuum* ou de la stipulation ainsi que la *condictio furtiva,* ils ne se sont occupés que des *condictiones* fondées sur une *datio* (9), et en ont distingué trois sortes suivant qu'elles

la plus large dans tous les cas où *pecunia mea quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est* (*D.*, XII, 1, 32). ARISTO ap. ULP., *D.*, XIII, 1, 12, 2.

(1) CELS. ap. ULP., *D.*, XIII, 3, 2; JUL., *D.*, XLIII, 26, 19, 2. Cf. HUVELIN, 588.

(2) *D.*, XII, 7, 3; ap. ULP., *D.*, XLIV, 4, 7 pr., 1; PAUL, *D.*, XIX, 1, 5. 1.

(3) ULP., *D.*, XXXV, 3, 3, 10; XII, 6, 22, 1.

(4) *D.*, XXXI, 69, 3; XII, 6, 66.

(5) ULP., *D.*, XXV, 1, 5, 2.

(6) ULP., *D.*, XVI, 1, 8, 2-3; XII, 6, 31; XXXVI, 4, 1 pr. Il n'y a pas de *condictio* de l'acceptilation : on répète une valeur équivalente à celle que devait le débiteur libéré. (JAV., *D.*, XII, 4, 10; AFR., *D.*, XXXIX, 6, 20; PAUL, *eod.*, 35, 6).

(7) JUL., *D.* XII, 7, 3; XXIII, 3, 46 pr.; PAUL. *D.* XIX, 1, 5, 1. On a prétendu que ce nom est dû aux compilateurs (TRAMPEDACH, *Sav. Z.*, XVII. 135). Ce qui paraît certain, c'est que la *condictio incerti* a son point de départ dans la *condictio certæ rei;* on ne la rencontre pas avant la fin du Ier siècle. Cf. sur l'origine des *condictiones*, PERNICE, III, 202; GIRARD, *N. R. H.*, 1895, p. 418; JOBBÉ-DUVAL, *Etudes*, I, 63; VOIGT, III, 336, et sur la formule, LENEL, I, 177.

(8) On a contesté cette extension de la *condictio* en alléguant que les textes précités ont été interpolés (PFLUEGER, *Sav. Z.*, XVIII, 75). Mais sauf pour quelques textes qui semblent suspects (comme ceux qui ont trait à la *cautio usufructuaria*, cf. GRADENWITZ, *Interpol.*, 27; PERNICE *Lab.*, III, 203, 5), l'interpolation n'est pas prouvée.

(9) PAUL., *D.*, XII, 6, 65 pr.

sont motivées par le payement de l'indû, par une *datio ob causam (præteritam)* ou par une *datio ob rem (futuram)* (1). Dans tous les cas qui ne rentraient pas dans l'un de ces groupes, la *condictio* fut exclue.

2. Autres voies de droit. — Si la théorie des *condictiones* est restée inachevée, c'est que la jurisprudence a suivi parallèlement une autre voie pour empêcher l'enrichissement injuste : il lui a paru plus simple d'utiliser, toutes les fois que c'était possible, les voies de droit déjà existantes : action de bonne foi, formule pétitoire, *in integrum restitutio*.

a) Dans les contrats de bonne foi, lorsque l'une des parties s'enrichit sans cause aux dépens de l'autre, on donne contre elle l'action du contrat et non la *condictio* (2). L'action de bonne foi fait fonction de *condictio furtiva, ob causam, ob impensas* (3). Elle permet de réclamer au débiteur le profit intérimaire qu'il a retiré de la chose, bien qu'il n'ait contracté de ce chef aucun engagement (4).

b) La formule pétitoire fait également fonction de *condictio* dans quelques hypothèses : avant le Sc. Juventien, elle servait à réclamer au possesseur de l'hérédité le prix d'un bien héréditaire qu'il avait vendu dans l'intérêt de l'hérédité (5); même application en cas de revendication (6). Elle sert à réclamer les fruits perçus par le possesseur avant la *litis contestatio* (7) ; mais il faut que le défendeur ait été de bonne foi lors de l'enrichissement : la formule pétitoire ne se donne pas en cas de vol.

c) En vertu d'une clause générale de l'Édit, l'*in integrum restitutio* est accordée, sans enquête et sans condition de délai, aux créanciers d'un débiteur qui a subi une *capitis deminutio minima;* elle est également accordée au cas de violence ou de dol..

La jurisprudence a employé d'autres moyens pour prévenir un enrichissement injuste : elle a recours à des actions utiles et à des actions *in factum* (8). Pourtant il est toujours resté quelques cas où elle n'a donné aucune action (9).

(1) Pomp., *D.*, XII, 6, 52 : *Damus aut ob causam aut ob rem; ob causam præteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniæ non sit, ob rem vero datur, ut aliquid sequatur quo non sequente repetitio competit.* Cf. sur la *datio ob causam* et la *datio ob rem*, Paul, *eod.*, 65, 2 et 4.

(2) Lab. ap. Paul, *D.*, XIII, 6, 17, 5.

(3) Nerat., ap. Ulp., *D.*, XXI, 2, 37, 2; Jul., *D.*, XXX, 84, 5. — Ulp., *D.*, XVIII, 1, 29 et 30. — Treb., Lab., ap. Ulp., *D.*, XIX, 1, 23, 22; III, 5, 10, 1.

(4) Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 15; Ulp., *eod.*, 34.

(5) Jul., ap. Ulp, *D.*, V, 3, 33, 1.

(6) Ulp., *D.*, VI, 1, 17 pr. Ailleurs (XII, 1, 23), Julien donne la *condictio*.

(7) Julien (ap. Afr., *D.*, XLIV, 1, 18) donne la *condictio*. Mais un rescrit de Marc-Aurèle autorise le juge de l'action pétitoire à condamner le défendeur à la pétition d'hérédité dans la mesure de son enrichissement, en raison des fruits perçus (*C.*, III, 31, 1, 1.) Cf. p. 303, 2.

(8) Julien paraît avoir eu l'idée d'une *condictio sine causa* qui aurait trouvé ici sa place (*D.*, XXXVII, 6, 3, 5; cf. *D.*, XII, 6, 34; XXIII, 3, 50 pr.). Mais cette opinion ne fut pas adoptée par les jurisconsultes postérieurs. Tryph., *D.*, XX, 5, 12, 1; Ulp., *D.*, XXI, 2, 38; Herm., *eod.* 74.

(9) Ces lacunes ont pour cause une imperfection de la théorie de Julien. La construction qu'il a imaginée a eu pour résultat de restreindre la portée de la *condictio*. Cette construction, qu'il a présentée à propos du payement de l'indû et de la donation à cause de mort (*D.*, XII, 1, 19; cf. Paul, *D.*, XXXIX, 6, 35, 3; Scæv., *D.*, XXIV, 1, 58 pr.), consiste à dire que la *condictio* est motivée par une sorte de

§ 2. **La *condictio* au Bas-Empire.** — 1. Nouvelle classification des *condictiones*. — A côté de la classification des *condictiones* fondées sur une dation, les rubriques de certains titres du Digeste et du Code en indiquent une autre plus générale : elles distinguent les *condictiones causa data causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti, sine causa, furtiva, ex lege* (1). Il est douteux que ces distinctions soient dues aux classiques : certaines expressions, comme celle de *condictio causa data causa non secuta*, trahissent la main des compilateurs; plusieurs textes ont été interpolés pour être placés sous des rubriques qui ne leur convenaient pas exactement dans leur forme antérieure. Cette classification est d'ailleurs peu satisfaisante : elle n'est pas complète, car elle laisse de côté les *condictiones* résultant de la stipulation ou du *mutuum*; elle n'est pas claire, car elle donne à la *condictio ob injustam causam* et à la *condictio sine causa* une portée restreinte qui, pour la première, ne concorde pas avec la règle formulée par les *Veteres* (p. 535, 5) et, pour la seconde, avec la notion générale de la *condictio sine causa* qui s'applique à tous les cas d'enrichissement sans cause (2).

2. *Condictio ex lege*. Cette *condictio* est étrangère à la théorie de l'enrichissement injuste : elle sanctionne toute obligation imposée par une loi nouvelle, sans qu'on ait indiqué l'action à intenter. On chercherait vainement un exemple de cette action dans le titre du Digeste (XIII, 2) sur la *condictio ex lege* (3). Mais on peut citer l'action qui sanctionne le pacte de donation, le pacte de constitution de dot (4).

3. *Condictio certi generalis* (5). — D'après un texte attribué à Ulpien (6), la *condictio certi* peut être exercée dans tous les cas où l'on

convention tacite *(negotium contractum)*. Jul., *D.*, XII, 6, 33 : *Nam is qui non debitam pecuniam solverit hoc ipso aliquid negotii gerit, cum autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit.* Ulp., *eod.*, 2 pr. Cette construction est à plusieurs égards excellente. Le payement de l'indû, par exemple, est analogue au *mutuum* (Gaius, III, 91). Il en résulte : 1° qu'un pupille qui a reçu l'indû sans l'*auctoritas* de son tuteur, n'est pas plus obligé que s'il avait emprunté sans son tuteur (*ibid.*; Jul., *D.*, XXVI, 8, 13); 2° que l'on ne peut répéter le payement fait par erreur d'une obligation naturelle; 3° qu'on peut, en payant, se réserver la faculté de répéter dans le cas où l'obligation n'existerait pas. C'est une clause accessoire analogue à celle qu'on joint au *mutuum* : elle dispense le *tradens* de prouver qu'il a payé par erreur (Ulp., *D.*, XII, 6, 2 pr.). Mais la conception de Julien est en défaut dans le cas où un possesseur, même de bonne foi, fait des impenses sur la chose d'autrui : on ne peut pas dire qu'il y ait entre le propriétaire et lui un contrat tacite, car il croyait faire sa propre affaire (*D.*, XII, 6, 33); le possesseur de bonne foi n'aura pas de *condictio*, il n'aura qu'un droit de rétention. Il en est autrement dans le cas où un héritier grevé de fidéicommis a fait réparer une maison incendiée avant de la restituer; on peut ici sous-entendre un *negotium* entre le grevé et le fidéicommissaire. (*D.*, XXX, 60).

(1) *D.*, XII, 4 à 7; XIII, 1 et 2; *C.*, IV, 5 à 8.

(2) Pap., *D.*, XII, 6, 66; Jav. *D.*, XII, 4, 10; Jul., *D.*, XII, 7, 3.

(3) Il y en a un au Code (IV, 9, 1), cité par Cujas, IX, 218.

(4) Autres applications : *Inst.* IV, 6, 24, 25; *C.* III, 31, 12, 1; VI, 30, 22, 6. Pour l'époque antérieure, on peut citer l'action créée par la loi Julia *municip.*, l. 44-45, et celle qui est créée par la loi Julia *de adulteriis* : Marc., *D.*, XLVII, 5, 28.

(5) Cette dénomination n'est pas au Digeste, mais on la trouve dans un commentaire de Stéphane. *Basil*, XXIII, 1, 4, sch. 4 : ὁ κέρτος γενικός κονδικτίκιος, cf. XXVIII, 11, 17, sch. 2 *in fine* : ὁ φανερὸς ἀπαιτητικὸς λόγος.

(6) *D.*, XII, 1, 9 pr. : *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto; licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio*... § 1. *Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia, sed et ex causa furtiva per hanc*

réclame un *certum*, quelle que soit la cause de la créance ou la nature de l'obligation, que le contrat soit certain ou incertain (1); il suffit que la créance soit pure et simple. Cette nouvelle extension de la *condictio*, qui est l'œuvre des jurisconsultes byzantins (2), a été accueillie par les compilateurs du Digeste. Les classiques autorisaient la *condictio certi* pour les créances certaines résultant d'un contrat formé *re*, *verbis* ou *litteris*, d'un legs ou d'un délit, car elles tendent à *dare fierive oportere*. Mais pour celles qui ont pour objet *dare facere oportere*, comme les créances résultant d'un contrat consensuel, la *condictio* n'était possible que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque le défendeur détenait une valeur provenant du patrimoine du demandeur (3). Les Byzantins au contraire autorisent la *condictio* d'une manière générale, concurremment avec l'action du contrat (4). Ils donnent au créancier le choix entre les deux actions, à une condition : lorsque le contrat est incertain, le créancier, qui veut exercer la *condictio certi*, doit évaluer à ses risques et périls le montant de son intérêt (5). Grâce à cette estimation, sa créance se transforme en un *certum*.

§ 3. **Principales applications de la** ***condictio***. — 1. Payement de l'indu. — Celui qui, de bonne foi, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le

actionem condicitur; sed et si ex Scto agetur competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet. L'interpolation de ce texte a été établie par Lenel, I, 269 et par Pernice, *Labeo*, III, 211. La terminologie n'est pas celle des classiques qui disent toujours : action *certæ creditæ pecuniæ*. L'expression *certi condictio* ne se trouve que dans un autre texte (Paul *D.*, XLVI, 2, 12) également interpolé (Pernice, 204). De même *certum condicere* (*D.* XII, 2, 28, 4) et *certi condicere* (*D.* XXV, 2, 17, 2) qui n'est pas latin. Les Byzantins au contraire disent couramment *certi condictio* (κέρτος κονδικτίκιος) : *Basil.* XXII, 5, 28, sc. 7. Pour eux, le *certum* est une somme d'argent; la clause *si certum petetur* n'est appliquée par eux qu'aux dettes d'argent, contrairement à l'usage des classiques. Ils désignent les dettes certaines d'une autre espèce par l'expression *condictio triticaria* qui ne se rencontre que dans un texte suspect (*D.* XIII, 3, 1 pr.). Le style des Byzantins se révèle dans *D.*, XII, 1, 9, 3 : l'expression *species quæ dignum habent tractatum* rappelle l'ἄξιόν ἐστιν ἐκεῖνο ζητῆσαι (*Basil.* XLII, 2, 10).

(1) Cette expression est employée dans deux autres textes : Flor. *D.* XLVI, 4, 18 pr.; Ulp., XIII, 5, 1, 6. D'après Stéphane (*loc. cit.*), l'incertitude d'un contrat tient à sa nature (lorsqu'il a pour objet un fait ou une abstention), ou à l'ignorance des parties (lorsqu'il a pour objet une somme inconnue du créancier, mais qui peut être déterminée, comme celle qui est dans un coffre-fort).

(2) Elle est admise par Cyrille, *Basil.*, XXIII, 1, 9, sc. 1.

(3) Mandat : Ulp., *D.* XLIV, 2, 5; société, gestion d'affaires et autres cas semblables : Paul, *D.* XII, 2, 28, 4. — On a prétendu que, dès le temps de Cicéron, on avait la faculté d'exercer la *certi condictio* pour une dette née d'un contrat de société (Baron, *Die Condictionen*, 1881, p. 93, 170). On a invoqué en ce sens le *P. Rosc. com.* 6. Mais ce n'est pas à titre d'associé que Fannius agit contre Roscius, car la société avait été dissoute par la mort de l'esclave qui constituait l'actif social, et il s'agit de faits postérieurs à la dissolution. L'action est une *condictio* fondée sur un enrichissement injuste; Cicéron se défend en disant : *Nihil in ea re tibi injuriæ feci* (c. 11).

(4) Cette extension de la *condictio* n'a pas été admise sans résistance. L'un des collaborateurs de Tribonien, Théophile, refusait d'accorder la *certi condictio* soit à celui qui avait conclu une stipulation de faire, soit à un acheteur. Le contrat, disait-il, est incertain par sa nature : le stipulant ne peut *condicere factum*; l'acheteur ne peut exercer la *certi condictio*, parce que le vendeur n'est pas tenu de lui transférer la propriété. A son avis, la *certi condictio* n'était possible que lorsque le montant de la créance pouvait être rigoureusement déterminé, alors même qu'il n'aurait pas été connu lors du contrat (Steph., *Basil.* XXIII, 2, 9, sc. 2).

(5) Steph., *eod.* : ἑκάτερον... αὐτῶν διατιμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κονδικτίκιον. Cf. sc. 6 et 7.

restituer à celui qui a payé par erreur (1). Cette obligation est sanctionnée par l'action en répétition de l'indû *(condictio indebiti)*.

a) Formation de l'obligation. — Cinq conditions sont requises pour qu'elle prenne naissance :

1° Payement. Le mot payement est pris ici dans un sens large : il comprend non seulement le transfert de propriété d'une chose dans l'intention d'éteindre une dette (2), mais aussi l'engagement qu'on a contracté ou qu'on a omis d'exiger (3).

2° Indû. Il y a indû lorsque la dette qu'on a entendu payer est inexistante. Telle est celle qui n'a jamais existé (4), ou qui a cessé d'exister, ou qui est susceptible d'être paralysée par une exception perpétuelle (5). Mais une obligation naturelle existe : celui qui l'acquitte ne peut répéter (6).

Les jurisconsultes du IIe siècle traitent *quasi indebitum* une dette réellement existante (7), soit lorsque le payement a été fait à un autre qu'au créancier ou par un autre que le débiteur (8), soit lorsque, par erreur, il a eu pour objet une chose autre que la chose due (9).

3° Erreur (10). Celui qui paye l'indû en connaissance de cause est réputé faire une donation (11), à moins qu'il n'agisse comme gérant d'affaires; mais dans aucun cas il ne peut répéter.

L'erreur, commise par le *tradens*, n'est prise en considération que si elle est excusable. En principe, l'erreur de fait peut seule être excusée; l'erreur de droit n'est pas admise en tant qu'on peut s'en préserver en consultant un homme de loi (12). Les mineurs de 25 ans, les soldats et les femmes en certains cas (13) peuvent alléguer leur ignorance du droit (14).

(1) C. civ. 1376. Si le payement a été fait par un *procurator*, un tuteur, un fidéjusseur, l'obligation naît au profit du *dominus*, du pupille ou du débiteur principal (Lab., ap. Paul, *h. t.*, [*D.*, XII, 6], 6 pr.; Cels., 47; Pap., 57; Scæv., *D.*, XIII, 1, 18 pr.). Si le payement a été fait entre les mains d'un *procurator*, la *condictio* ne sera donnée contre lui que si le maître n'a pas ratifié (Paul, *h. t.*, 6, 2).

(2) Même une dation en payement (Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 26, 4-6).

(3) Ulp., *h. t.*, 31; Marc., *h. t.*, 39.

(4) Pap., *h. t.*, 54. On peut répéter le payement d'une dette conditionnelle tant que la condition est en suspens (p. 397, 4), mais non d'une dette à terme, (p. 400, 1), même si le terme est incertain (Pomp., *h. t.*. 16, 1; Cels., 17.)

(5) Ulp., *h. t.*, 26, 3 et 7. Si le caractère de l'exception est actuellement incertain, la répétition est admise comme si la dette était conditionnelle (Pap., 56).

(6) Tryph., *h. t.*, 64; Pomp., ap. Paul, 13 pr. On ne peut non plus répéter une peine pécuniaire qu'on a payée, alors même que la cause pour laquelle elle a été infligée a cessé d'exister (Gaius *D.*, L, 17, 46).

(7) Paul, *h. t.*, 65, 9. Celui qui se croit obligé de payer la dette d'autrui ne peut répéter : le créancier *suum recepit. Ibid.*, 44.

(8) Marc., *D.*, XXXVI, 1, 64 pr.; Pomp., *h. t.*, 19, 1.

(9) Pomp., *h. t.*, 19, 3; Jul., 32, 3.

(10) Ulp., *h. t.*, 1, 1. Afr., *D.*, XLVI, 3, 38, 2. Cette condition, exigée dès le début de l'Empire (Mela, *D.*, XIX, 2, 19, 6) est l'application des principes sur la preuve.

(11) Paul *D.*, L, 17, 53.

(12) Lab., ap. Paul, *D.*, XXII, 6, 9, 2-3; Paul, 9 pr. : *Regula est juris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Ulp., *D.*, XXXVIII, 15, 2, 5.

(13) Il s'agit sans doute des cas cités par Constantin (*C. Th.*, III, 5, 3 : *Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat*) et auxquels fait allusion Pap., *D.*, XXII, 6, 8 : *Juris autem error nec feminis in compendiis prodest.*

(14) Paul, 9 pr., 1. On a soutenu qu'il n'y avait pas à distinguer ici entre l'erreur

Sous Justinien, le défendeur doit, par exception, prouver l'existence de la dette dans trois cas : s'il nie le payement et que le demandeur en fasse la preuve; lorsque la répétition de l'indû est requise par une personne inexpérimentée (pupille, mineur, femme, soldat, paysan) ; en cas de promesse de l'indû constatée par un titre qui n'indique pas la cause de la dette *(cautio indiscreta)* (1).

4° Bonne foi de l'*accipiens*. Celui qui reçoit sciemment le payement d'une dette inexistante commet un vol : on donne contre lui la *condictio furtiva* et non la *condictio indebiti* (2). Il n'est pas nécessaire qu'il ait cherché, par des manœuvres frauduleuses, à se faire passer pour créancier ou mandataire du créancier (3).

5° D'après les *Veteres*, la répétition de l'indû n'est pas admise pour les dettes qui croissent au double en cas de dénégation (4). Sous Justinien, cette règle ne s'applique qu'aux obligations résultant de la loi Aquilia et aux legs faits aux églises, monastères, asiles, hospices (5).

de droit et l'erreur de fait. Telle serait, dit-on, l'opinion de Papinien : *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* (*eod.*, 7). *Omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet* (*eod.*, 8). De ces deux textes le premier n'avait pas, dans la pensée de Papinien, la portée générale que lui ont donnée les compilateurs : il avait trait aux fidéicommis (Lenel, *Pal.* I, 833; cf. *D.*, XXXI, 79). Le second a été sûrement altéré : comment Papinien pourrait-il affirmer que l'erreur de droit peut toujours être invoquée lorsqu'il s'agit d'éviter une perte, alors que la règle générale ne fait aucune distinction (Cf. Savigny, *System*, III, 347)? On a invoqué également Ulpien (*D.*, XXXVI, 4, 1 pr.) : mais Ulpien présente comme une faveur la concession de la *condictio* à celui qui a ignoré le droit. Plus probant serait Paul (*D.*, XXII, 3, 25 pr.), qui exige une *justa causa ignorantiæ*, si on pouvait le faire prévaloir sur les textes qui excluent en principe l'erreur de droit; mais ce texte est suspect.

(1) Ces exceptions sont indiquées dans le texte précité attribué à Paul. Mais elles sont si anormales, surtout la seconde, qu'il est difficile de croire qu'elles aient été consacrées par les classiques. Elles ont, suivant toute vraisemblance, été introduites par les compilateurs. (Cf. Lenel, *Z. Rg.*, XX, 29, 73, 82; Gradenwitz, *Interpol.* 14, 99). On ajoute parfois une quatrième exception : le demandeur n'aurait pas à faire la preuve de l'erreur qu'il a commise. Il a, dit-on, manifesté sa volonté d'exécuter une obligation en faisant le payement. C'est au défendeur à démontrer qu'il a eu tort d'accepter comme un payement ce qui était une donation. Ces raisons ne paraissent pas suffisantes pour justifier une dérogation au droit commun; l'existence de l'erreur résultera le plus souvent de la preuve du payement de l'indû.

(2) Pomp., ap. Scæv., *D.*, XIII, 1, 18; Jul., ap. Afr., *D.*, XLVI, 3, 38, 1.

(3) Suivant quelques auteurs, cette condition aurait été exigée, à la fin de l'époque classique. Mais Pap., *D.*, XLVII, 2, 80, 6, ne signifie pas qu'un faux *procurator* ne commet un vol que lorsqu'il s'est fait passer pour le véritable mandataire; Papinien donne un exemple; il ne pose pas une règle de droit. Dans le cas prévu par Ulpien (*eod.*, 43, 1), il s'agit d'une *datio ob rem* et non d'un payement de l'indû. Ce texte reproduit une doctrine de Neratius. Or Neratius n'admet pas que l'*accipiens* de mauvaise foi acquière la propriété par tradition si le *tradens* était propriétaire, ni par usucapion s'il ne l'était pas (ap. Pomp., *D.*, XLI, 10, 3). Cette doctrine est aussi celle de Paul, *D.*, XLI, 3, 48.

(4) *Inst.*, III, 27, 7. Ces dettes sont celles qui résultent d'une *damnatio* (p. 380). Le payement, pour être libératoire, doit avoir lieu *per æs et libram*. Celui qui l'effectue déclare solennellement qu'il se dégage du lien qui l'unit à l'*accipiens*. Il ne peut par la suite aller à l'encontre de sa déclaration et prétendre qu'il s'est trompé : l'erreur commise est sans influence sur le sort de l'acte. En droit classique on n'apprécie pas avec cette rigueur les actes juridiques; on aurait dû écarter la règle antique. Elle fut cependant conservée, probablement parce qu'il parut impossible de considérer comme obligé *quasi ex mutuo* celui qui avait solennellement déclaré qu'il entendait se libérer. La *condictio indebiti* aurait d'ailleurs fourni un moyen détourné de contester la validité du droit en évitant la peine du double. Sous Justinien, la règle n'avait plus de raison d'être, car il n'y a plus d'acte *per æs et libram*.

(5) *C.*, I, 3, 46, 7.

b) *Objet de l'obligation.* — En principe, l'*accipiens* est obligé dans la mesure de son enrichissement. Mais pour appliquer sainement cette règle, il faut tenir compte de la nature de l'action qui la sanctionne : la *condictio indebiti* est tantôt une action *certæ pecuniæ,* tantôt une *condictio certæ rei* ou une *condictio incerti* suivant l'objet du payement.

La règle s'applique exactement au cas où l'on a payé un corps certain (un fonds de terre ou une esclave) : l'*accipiens* doit rendre la chose avec ses accessoires (alluvion, fruits, *partus ancillæ),* mais il peut se faire tenir compte de ses dépenses (1).

Si le payement a eu pour objet de l'argent ou d'autres quantités l'*accipiens* est présumé s'être enrichi d'une quantité équivalente à celle qu'il a reçue : il doit rendre *tantumdem* (2) et les risques sont à sa charge (3).

Tout autre est l'obligation de l'*accipiens* lorsque le payement de l'indû a eu pour objet un fait, ou le transfert d'un droit réel autre que la propriété, ou même lorsqu'en transférant la propriété on a omis de retenir une servitude ou d'exiger le remboursement des impenses. Dans ces divers cas, la *condictio indebiti* a le caractère d'une *condictio incerti :* l'*accipiens* est obligé à remettre la possession ou la détention, à établir la servitude, à faire acceptilation de la créance (4), etc.

2. *Condictio causa data causa non secuta.* — Cette *condictio* est donnée dans certains cas où l'enrichissement résulte d'une prestation faite en vue d'un but *(causa futura honesta)* (5) qui ne s'est pas réalisé. La réalisation du but doit être un élément de l'acte qu'on a voulu faire, soit d'après la nature de l'acte (constitution de dot, donation à cause de mort), soit d'après la convention des parties (contrat innommé, donation avec charge). Celui qui ferait une dation dans l'espoir d'en être rémunéré ou de se faire un ami de l'*accipiens,* n'aurait pas la *condictio* (6). Mais peu importe que la réalisation du but dépende de

(1) Cf. C. civ., 1381. Le défendeur devait vraisemblablement faire insérer dans la formule de droit strict une *præscriptio* ou une exception.

(2) Cette règle résulte du rapprochement de divers textes. Pomp., *h. t.*, 7 : *Quod per errorem solvitur aut ipsum aut tantumdem repetitur.* Cf. Marc., *D.*, XIX, 5, 25, *in fine.* La répétition a pour objet *tantumdem* lorsqu'on a payé une quantité : *Si falso existimans debere, numos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, ejus summæ partem dimidiam, non corporum condicam.* Cf. Carac., *C.*, IV, 5, 1. Certains auteurs pensent qu'il en est autrement pour les denrées ; ils invoquent Paul (*h. t.*, 65, 6) : *In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumpsit frumentum, pretium repetet.* Donc, dit-on, si l'*accipiens* n'avait pas consommé le blé, s'il l'avait encore en sa possession, il devrait *ipsam rem ;* par suite il ne répond ni de la perte fortuite ni de la détérioration. Mais l'argument *a contrario* est un peu faible pour en déduire une telle conséquence et pour établir une distinction entre l'argent et les autres quantités quant à l'objet de l'obligation de l'*accipiens.* Cf. Pernice, *Labeo*, II, 2, 105 ; Accarias, II, 442, 2.

(3) Doit-il en outre des intérêts? Il faut ici distinguer l'argent et les autres quantités. L'action *certæ pecuniæ* ayant une *condemnatio certa*, le juge ne peut allouer des intérêts ; il a au contraire cette faculté s'il s'agit de denrées, parce que la *condictio certæ rei* a une *condemnatio incerta.*

(4) Marc., *h, t.*, 39 ; 40, 1 ; Paul, 15, 1 ; Pomp., 22, 1 ; Ulp., 31. Il y a là une différence entre l'effet du payement de l'indû et celui du *mutuum :* l'action qui sanctionne le *mutuum* n'est jamais une *condictio incerti ;* le *mutuum* a toujours pour objet une dation portant sur des choses qui se pèsent, se comptent, se mesurent.

(5) Paul, *D.*, XII, 5, 1 ; Ulp., *D.*, XII, 4, 1 pr. Cette *condictio* est qualifiée, au Code (IV, 6), *ob causam datorum.*

(6) Cels., ap. Ulp., *D.*, XII, 4, 3, 7.

l'acquéreur, ou du hasard, ou de l'acquéreur et d'un tiers comme dans le mariage; dans tous ces cas, si le but n'est pas atteint, soit par cas fortuit, soit par la volonté du *tradens*, la *condictio* peut être intentée (1).

L'application la plus importante de cette *condictio* a lieu dans les contrats innommés résultant d'une dation, lorsque l'acquéreur ne fournit pas la contre-prestation promise (2).

3. *Condictio ob turpem causam*. — La *condictio ob turpem causam* a pour but de répéter ce qu'une personne s'est fait remettre par une autre contrairement aux bonnes mœurs, soit pour s'abstenir d'un fait, soit pour accomplir un acte (3). L'acte doit être contraire aux bonnes mœurs pour l'*accipiens* seul. S'il l'était également pour le *tradens*, la *condictio* serait exclue (4) : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

4. *Condictio ex injusta causa*. — La *condictio ob injustam causam* ou *ex injusta causa* est donnée pour répéter ce que le défendeur s'est fait remettre contrairement au droit, par exemple une somme d'argent payée en vertu d'une promesse obtenue par violence, des intérêts usuraires (5). L'exercice de cette *condictio* suppose que le *tradens* a transféré la propriété, car *nemo rem suam nisi furi condicere potest* (6). S'il avait perdu sa chose par suite d'un vol, c'est la *condictio furtiva* qu'il devrait intenter et non la *condictio ex injusta causa*.

5. *Condictio sine causa*. — La *condictio sine causa*, au sens étroit que lui a donné Justinien, s'applique : lorsqu'une prestation a eu lieu *ab initio* sans cause ou pour une cause erronée; lorsque la cause qui l'a motivée a cessé d'exister (7).

Une prestation n'a pas de cause lorsque, consistant en une dation, elle est faite par une personne incapable d'aliéner : si l'*accipiens* a consommé de bonne foi l'objet qui lui a été livré, il y a un enrichissement injustifié qui donne lieu à la *condictio sine causa*. Dans les cas de ce genre, la *condictio* n'est possible que lorsque la revendication ne l'est

(1) Ulp., *eod.*, 5 pr., 1-2, 3, 3; Cels., *eod.*, 16. *C.*, IV, 9, 10.

(2) La *condictio* est encore donnée dans plusieurs cas. Exemples : 1° donation *sub modo*, lorsque par sa faute le donataire n'exécute pas les charges; 2° constitution anticipée de dot, lorsque le mariage n'a pas lieu (Jul., *D.*, XII, 4, 7 pr.; Ulp. 6, 1; Paul., 9); 3° payement à un faux mandataire et non ratifié par le créancier (Paul.; 14); 4° dation faite *conditionis implendæ causa*, lorsque le *tradens* n'acquiert pas le droit subordonné à la condition (Ulp., 1, 1; Herm., 2); 5° dation faite en exécution d'une transaction, lorsque le *tradens* est néanmoins poursuivi en justice et condamné (Ulp., *D.*, XII, 6, 23, 3).

(3) Paul., *D.*, XII, 5, 1, 2; 9, 1; Ulp., *eod.*, 2 pr.

(4) Ulp., *eod.*, 4 pr.; 4, 2-3; Paul., 3; Diocl., *C.*, IV, 7, 5.

(5) Pomp., *D.*, XII, 5, 7; *Veteres*, ap. Ulp., *eod.*, 6. Cf. Diocl., *C.*, IV, 9, 3.

(6) Ulp., *D.*, VII, 9, 12, *in fine*. Cf. Huvelin, I, 346.

(7) Ulp., *D.*, XII, 7, 1, 2 : *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quæ finita est... dicendum est condictioni locum fore*. Il y a des divergences entre les auteurs modernes sur la sphère d'application des diverses *condictiones*. Certains donnent la *condictio sine causa* là où d'autres proposent la *condictio ex injusta causa* ou la *condictio causa data causa non secuta*. Ces divergences s'expliquent aisément s'il est vrai que les grands jurisconsultes ont été étrangers à la classification des *condictiones* : en qualifiant une *condictio* d'une certaine manière, ils n'entendaient pas attribuer au qualificatif une valeur technique. Papinien accorde la *condictio sine causa* (*D.*, XII, 7, 5 pr., 1) là où Caracalla admet une *condictio causa data causa non secuta* (*C.*, IV, 6, 1) : dot constituée en vue d'un mariage nul. Les Sabiniens parlent d'une *condictio c. d. c. n. s.* (Paul., *D.*, XXXIX, 6, 35, 3), là où l'on s'attendrait à trouver une *condictio causa finita* : donation à cause de mort après survenance d'une cause de révocation.

plus (1). Une prestation est motivée par une cause erronée, lorsque les parties n'ont pas été d'accord sur le but de la dation : le *tradens* entendait faire un prêt, l'*accipiens* croyait recevoir une donation. La propriété n'en est pas moins transférée, mais le *tradens* peut répéter par la *condictio sine causa*. Il en est de même si par erreur on a promis plus qu'on ne doit : on a une *condictio* pour se faire tenir quitte de l'excédent (2).

La *condictio sine causa* ne suppose pas nécessairement une dation : elle sert à répéter une valeur sortie de notre patrimoine, sans que nous l'ayons livrée à autrui. Il suffit qu'il y ait pour le tiers un enrichissement injustifié et qu'on ne puisse exercer la revendication; tel serait le possesseur d'un esclave qui, croyant en être légataire, l'aurait vendu. Si cet esclave est mort, le véritable légataire réclamera, par une *condictio sine causa,* ce dont le tiers possesseur s'est enrichi (3).

Certaines prestations sont considérées comme procurant un enrichissement injuste lorsque la cause qui les a déterminées a cessé d'exister : le vendeur ne peut conserver les arrhes lorsque l'acheteur a payé le prix; le créancier qui a été payé ne peut retenir le titre constatant sa créance (4).

II. Gestion d'affaires.

§ 1er. **Notion.** — Le but et les applications de cette institution ont varié suivant les époques. Elle a été consacrée par un édit du Préteur pour faciliter la défense en justice soit d'un absent qui est parti précipitamment sans constituer de mandataire, soit d'une personne décédée dont l'héritier n'a pas encore fait adition (5). A celui qui prend sa défense le Préteur promet une action pour se faire rembourser ses avances (6). C'est dans une pensée analogue que le Préteur créa l'action *funeraria* au profit de celui qui, à défaut d'un héritier, avance la somme nécessaire aux obsèques d'un citoyen (7).

Le rapport de l'édit sur la gestion d'affaires avec la défense en justice est confirmé par les renseignements fournis par Ulpien sur les causes qui ont rendu nécessaire l'intervention du Préteur (8), et par la place occupée au Digeste par le titre de *negotiis gestis :* il vient à la suite des titres sur les *procuratores et defensores* et sur les actions intentées par ou contre une cité ou une corporation. En protégeant les intérêts des absents, le Préteur suivait l'exemple donné par le législateur : la loi

(1) Ulp., *D*, XII, 6, 29; XII, 1, 11, 2.
(2) Ulp., *D.*, XII, 1, 18, 1; Diocl., *C.*, II, 5, 1.
(3) Jul., ap. Afr., *D.*, XII, 1, 23.
(4) Ulp., *D.*, XIX, 1, 11, 6; Diocl., *C.*, IV, 9, 2.
(5) *Inst.*, III, 27, 1; Ulp., *h. t.*, [*D.*, III, 5], 3 pr. Cf. Plaut., *Most.*, IV, 3, 24.
(6) L'existence d'une action *in factum* a été établie par Wlassak (*Zur Geschichte der negotiorum gestio*, 1879, p. 21); elle est généralement admise (Lenel, I, 118). Il est vrai que cette action est présentée comme une action de bonne foi, donc comme une action civile. Ulp., *h. t.*, 1, prouve cependant qu'elle a fait l'objet d'un édit prétorien. Or, si l'album du Préteur contient toutes les formules d'actions, tant civiles que prétoriennes, il n'y a pas d'exemple d'une action civile proposée par un édit. L'action *negotiorum gestorum* a donc été à l'origine une action *in factum.*
(7) Ulp., *D.*, XI, 7, 12, 2. Cf. Ed. Cuq, vo *Funus*, *Dict. Antiq.*, II, 1405.
(8) Ulp., *h. t.*, 1.

Hostilia autorisait tout citoyen à exercer l'action de vol au nom des personnes absentes pour le service de l'État ou retenues en captivité (1).

Au temps de Cicéron, la notion de la gestion d'affaires a été élargie (2) : elle s'étend à tous actes d'administration du patrimoine. Dès lors le gérant d'affaires n'est pas seulement un défenseur judiciaire : c'est un administrateur (3).

§ 2. **Conditions d'application.** — Deux conditions sont requises pour qu'il y ait gestion d'affaires : 1° un acte d'immixtion dans les affaires d'autrui. Le gérant prend en mains l'administration du patrimoine d'autrui (4) ou fait un acte d'administration isolé (5). Il agit sans mandat (6); — 2° l'intention de se faire tenir compte de ses avances *(animus obligandi)* (7). Il est indifférent que l'on connaisse ou non le *dominus;* l'erreur sur la personne est ici sans importance (8). Mais on ne traite pas comme un gérant celui qui a voulu rendre un service désintéressé (9).

C'est une question de savoir si l'on exige l'intention d'agir à titre de gérant. Cette condition semble étrangère aux classiques (10); elle apparaît dans des textes suspects d'interpolation (11).

L'application de la gestion d'affaires a été étendue au moyen d'*actions utiles.* On assimile à un gérant : celui qui s'immisce dans les affaires d'autrui, non pas spontanément, mais par nécessité (curateur, tuteur, protuteur, homme libre qui passe pour esclave) (12); celui qui agit sur le mandat d'un tiers (13); celui qui agit dans son propre intérêt,

(1) *Inst.*, IV, 10 pr

(2) Wlassak, p. 27, a soutenu que la gestion d'affaires devint, de très bonne heure, une institution générale, comprenant à la fois le mandat et la tutelle; on l'aurait par la suite décomposée pour en faire trois institutions distinctes. Cette opinion a rencontré peu de crédit. Il n'est pas vraisemblable que les Romains, après avoir généralisé la portée d'une institution, soient revenus en arrière et qu'ils l'aient restreinte à des cas particuliers. Cf. Karlowa, II, 672, 1; Pernice, *Sav. Z.*, XIX, 162, 1. Partsch, *Studien zur neg. gestio*, 1913, I, 3.

(3) Cic., *Top.*, 10, 42; 17, 66 : *Illi (jurisconsulti)..., quid eum, qui negotia aliena curasssel ei cujus ea negotia fuissent... tradiderunt.*

(4) Lab., ap. Jul., *h. t.*, 5, 8; Jul., 5, 2; Paul, 18, 5; 20, 1-2; Gaius, 21; Ulp., *h. t.*, 7 pr; 16; 3, 3 : *Negotia sic accipe, sive unum, sive plura.*

(5) Étayer une maison, donner des soins à un esclave malade (Ulp., *h. t.*, 9, 1); remettre à autrui de l'argent ou tout autre objet (*h. t.*, 5, 4); payer une dette (Lab., 42; Ulp., 44, 2); se porter fidéjusseur (Afr., 45, 1); fournir la caution *damni infecti* (Paul., 39)

(6) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 5 pr.

(7) Paul, *D.*, X, 3, 14, 1; 29 pr. : *Negotia eo animo gerit ut aliquem sibi obliget.*

(8) Ulp., *h. t.*, 5, 12; 5, 1; 44, 2.

(9) *Amicitia ductus* (Ulp., *h. t.*, 43; cf. Mod., 26, 1). Gord., *C.*, II, 18, 15.

(10) Afr., *h. t.*, 48. Celui qui a vendu de bonne foi la chose d'autrui est tenu comme un gérant d'affaires vis-à-vis du propriétaire, lorsque la chose a péri et ne peut plus être revendiquée : l'action *neg. gest.* est donnée contre lui dans la mesure de son enrichissement. Réciproquement, l'héritier apparent qui a acquitté une dette héréditaire a l'action *neg. gest.* contre l'héritier véritable dans la mesure de son enrichissement. C'est une question discutée de savoir si l'on doit généraliser cette décision. Cf. Pacchioni, *Bull. dir. R.*, III, 42; IX, 50; Ferrini, *ibid.*, VII, 85.

(11) Ulp., *h. t.*, 3, 6 : *Si cui mandavero ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune dicendum esse Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri.* Cf. Partsch, 19, 23, sur l'interpolation de la fin du texte.

(12) Ulp., *h. t.*, 3, 5; 5, 7, cf. Partsch, 97.

(13) Ulp., *h. t.*, 3, 11. L'action *neg. gest.* est également donnée à celui qui a reçu un mandat sans valeur juridique (Pap., *D.*, XVI, 1, 7) ou qui croit à l'existence d'un mandat qui n'a pas été donné (Ulp., *h. t.*, 5 pr.).

tout en faisant l'affaire d'un tiers (1); celui même qui s'est immiscé dans les affaires d'autrui, en vue d'en retirer un bénéfice (2).

La mention de l'action utile a été très souvent supprimée au Digeste; la distinction de l'action directe et de l'action utile n'avait plus d'intérêt pratique depuis la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure par formules. C'est, dit Justinien, une subtilité superflue (3).

§ 3. **Obligations réciproques.** — La jurisprudence considère la gestion comme donnant naissance à des obligations réciproques (4) à la charge du gérant et du maître du patrimoine (5).

Le gérant doit rendre compte de son administration comme un bon père de famille, et restituer tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la gestion (6). Il répond de son dol et de sa faute, mais non des cas fortuits, à moins qu'il n'ait entrepris une affaire qui n'était pas dans les habitudes du maître (7). A la différence du mandataire, il doit terminer l'affaire dont il s'est chargé, alors même que le *dominus* viendrait à mourir (8).

De son côté, le *dominus* est obligé à indemniser le gérant de ses dépenses, à prendre à sa charge les obligations qu'il a contractées, pourvu que la gestion ait été utile. L'utilité de la gestion s'apprécie au moment où elle a eu lieu; il n'est pas nécessaire qu'elle subsiste à l'époque du règlement de comptes (9). Mais le gérant n'aurait aucun recours s'il s'était immiscé dans les affaires d'autrui, malgré la défense du *dominus*. Quelques jurisconsultes avaient proposé de lui accorder une action utile, mais cette opinion n'a pas prévalu (10).

Le maître qui, après avoir eu connaissance de la gestion, ratifie les actes du gérant, ne peut plus en contester l'utilité. Le gérant, comme un mandataire, pourra se faire tenir compte de toutes ses dépenses (11).

(1) Si un tuteur a été condamné en raison du fait de son cotuteur ou de la gestion commune, *constitutum est... utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.* Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 13. Un magistrat municipal a, dans un cas analogue, une action *neg. gest.* contre son collègue. Jul., *h. t.*, 29.

(2) Il a un recours dans la mesure de l'enrichissement du *dominus* : *h. t.*, 5, 5.

(3) Paul, *h. t.*, 46, 1.

(4) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 5 pr. : *Utilitatis causa receptum est invicem eos obligari.*

(5) Gaius, *h. t.*, 2 : *Sicut æquum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine vel abest, vel abfuturum est.* Cette dernière clause se trouve dans une instruction donnée par le Sénat en 637 aux commissaires chargés de juger un procès relatif à l'administration des fonctionnaires de la ville et du temple de Delphes : ὅσον χρημάτων Ἀπόλλωνος ἄπεστι. Cf. Partsch, *op. cit.*, 33, 2.

(6) *Inst.*, III, 27, 1 : *Tenetur ut administrationis rationem reddat.*

(7) Gaius, *h. t.*, 2; Paul, 18, 4; Proc., ap. Pomp., 10. Dans certains cas, le gérant n'est tenu que de son dol (Lab., ap. Ulp., 3, 9).

(8) Paul, *h. t.*, 20, 2 : *Vetera (negotia) explicare ac conservare necessarium est.*

(9) Lab., Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 9, 1; Gaius, 21.

(10) Paul, *D.*, XVII, 1, 40; Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 3. Just., *C.*, II, 18, 24.

(11) D'autres effets de la ratification sont indiqués par Pedius (ap. Ulp., *h. t.*, 5, 11-13). La ratification ne transforme pas la gestion d'affaires en un mandat. On ne saurait admettre qu'un contrat se forme après qu'il a été exécuté. Les classiques, sauf peut-être Pomponius, se sont contentés de rapprocher la ratification du mandat (Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 14) en matière de délits et de payement, pour en déduire certaines conséquences : 1° les actes de gestion qui, pour produire leur effet, exigent le consentement du *dominus*, sont validés rétroactivement dès qu'il y a ratification; ils sont réputés faits par un véritable mandataire. Exemples : recevoir un payement libératoire pour le débiteur (Jul., ap. Ulp., *D.*, XLVI, 3, 58 pr.; Ulp.,

§ 4. **Sanction.** — Les obligations réciproques du gérant et du *dominus* sont sanctionnées par deux actions civiles de bonne foi : l'action *negotiorum gestorum directa* au profit du maître (1), l'action *neg. gest. contraria* au profit du gérant (2). Celle-ci remplaça l'action antérieurement créée par le Préteur et dont la portée restreinte ne convenait plus à la conception nouvelle de la gestion d'affaires (3).

III. Indivision.

Il y a indivision lorsqu'une même chose appartient à plusieurs propriétaires. Cet état peut résulter d'un fait juridique contractuel ou non (société, hérédité, donation ou legs d'une même chose à plusieurs personnes) (4). L'indivision offre des avantages lorsque tous les communistes s'entendent et réunissent leurs efforts en vue d'un but à atteindre : c'est ce qui avait lieu anciennement entre les *consortes*. Dans le cas contraire, elle présente de graves inconvénients; elle ne permet pas à chacun des copropriétaires d'user librement de son droit, elle donne lieu à une complication de rapports, à un conflit d'intérêts, source permanente de discussions : *Indivisio mater rixarum* (5).

Pour prévenir ces contestations, la loi impose aux communistes l'obligation de procéder au partage. Nul n'est forcé de rester dans l'indivision (cf. C. civ. 815).

§ 1er. **Les actions en partage.** — Le droit de sortir de l'indivision est d'ordre public (6) : toute convention contraire est nulle. Ce droit peut être invoqué non seulement contre les héritiers des communistes, mais aussi contre les tiers acquéreurs qui ont traité avec l'un des communistes : l'action en partage est à ce point de vue *in rem scripta*. On peut seulement convenir de suspendre le partage pendant un temps déterminé, lorsque l'intérêt des biens communs l'exige; cette convention est opposable aux tiers acquéreurs (7).

Le droit au partage a été sanctionné par les Douze Tables, en cas d'hérédité (8), au moyen de l'action *familiæ erciscundæ* (Cic., *p. Cæc.*, 7).

eod., 12, 4 : *rati enim habitio mandato comparatur*. Voir Cels., *eod.*, 71, 1 et 2; Ulp., *eod.*, 58, 2. Cf. J.-E. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, 1856, p. 13); intenter une action qui épuise le droit du *dominus* (Ulp., *D.*, V, 1, 56); 2° le gérant peut, après ratification, intenter l'action *mandati contraria* à la place de l'action *neg. gest.* (Ulp., *D.*, L, 17, 60). Pomponius accorde réciproquement au *dominus* l'action de mandat contre le gérant. Bien que cette décision n'ait qu'un intérêt de procédure, elle est écartée par Scævola : il n'y a pas mandat, dit-il, et la ratification ne peut changer l'action qui résulte de la gestion d'affaires (*h. t.*, 8). Observation très juste, car la ratification est un acte unilatéral qui ne peut modifier que la situation de celui qui l'a accompli.

(1) Treb., Ofil., Lab., ap. Paul., *D.*, XVII, 1, 22, 10.

(2) Serv., ap. Paul., *h. t.*, 21 pr. : *Æquum esse prætorem in eum reddere judicium*. Ulp., *D.*, XXII, 1, 37. Cf. *C.*, II, 18, 24 : *secundum Juliani sententiam*.

(3) Seule, l'action *funeraria* fut maintenue à titre d'action subsidiaire. Lab., ap. Ulp., *D.*, XI, 7, 14, 12.

(4) Gaius, *h. t.*, [*D.*, X, 3], 2 pr.; Ulp., *D.*, XVII, 2, 31; VI, 1, 5 pr., *in fine*.

(5) Pap., *D.*, XXXI, 77, 20 : ...*Cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare*. Paul., *D.*, VIII, 2, 26.

(6) Diocl., *C.*, III, 37, 5 : *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri*. Sur la possession *pro indiviso* (*D.*, 41, 17, 1, 7), G. Segrè, *Foro Ital.*, 1907.

(7) Paul., *h. t.*, 14, 2-3; Ulp., *D.*, XVII, 2, 16, 1.

(8) On en a étendu l'application au fidéicommis d'hérédité et à la *bonorum posses-*

Il l'a été ultérieurement dans les autres cas d'indivision au moyen de l'action *communi dividundo*. Cette action a été vraisemblablement introduite (1), lorsque les sociétés financières commencèrent à se développer : elle était le complément indispensable de l'action *pro socio* (2).

Les actions en partage confèrent au juge le pouvoir d'attribuer la propriété exclusive des biens communs *(adjudicare)* et, le cas échéant, de prononcer une condamnation à payer une soulte (p. 279). Si les biens sont commodément partageables en nature, le juge compose des lots en se conformant aux intentions des parties si elles sont d'accord, sinon en procédant de la manière qu'il croit la plus avantageuse (3), puis il répartit ces lots entre les communistes en leur attribuant la propriété exclusive des biens qu'ils renferment. Si les biens ne sont pas divisibles, ou s'ils ne peuvent être partagés sans subir une dépréciation, il avise au meilleur moyen de donner satisfaction aux parties : vente aux enchères, attribution à l'un de la nue propriété, à l'autre de l'usufruit, ou à l'un de la pleine propriété en le condamnant à payer une soulte aux autres (4). Il peut en même temps imposer à ceux-ci certains engagements, promesse de garantie contre l'éviction (5).

Les actions en partage présentent, à ces divers points de vue, une anomalie qui leur est commune avec l'action *finium regundorum*, mais qui les distingue des autres actions, tant réelles que personnelles : d'abord le juge reçoit le pouvoir, non seulement de reconnaître un droit préexistant, mais aussi de créer des droits nouveaux; puis il peut condamner le demandeur aussi bien que le défendeur : ce sont des actions doubles (6).

sio, et même, à titre d'action utile, au cas où un adrogé réclame la quarte Antonine. Ulp., *D.*, X, 2, 2 pr., 1-2 ; 24, 1 ; Gaius, *eod.*, 40.

(1) Sous les actions de la loi, l'action *communi dividundo* comme l'action *familiæ erciscundæ* donnait lieu à la procédure *per arbitri postulationem* (Isidor., *Or.*, V, 25, 10 : *Quæ actio jubet postulantibus iis arbitrum dari cujus arbitratu res dividatur*). Paul, *D.*, X, 3, 29, 1, contient une allusion à l'époque où elle exigeait la prononciation de paroles solennelles : *Pomponius scripsit posci judicem posse a quolibet sociorum, sed etiam si unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi.* Au temps de la procédure formulaire, les textes désignent souvent sous le nom d'arbitre le juge de l'action *communi dividundo* (Alf., 26; Lab., *D.*, XXXIX, 1, 3, 2; Jav., *D.*, XXXIII, 3, 4 ; Nerat, *h. t.*, 7, 1).

(2) Plaut., *Rud.*, IV, 3, 65, 78. En cas de concours des deux actions, voir p. 822.

(3) Ulp., *h. t.*, 21.

(4) Alex., *C.*, III, 37, 3; Ulp., *h. t.*, 6, 10; X, 2, 55. Le mari, qui a reçu en dot une part indivise d'un fonds et qui, sur l'action en partage, exercée par le copropriétaire, a été déclaré adjudicataire du fonds, ne peut le garder pour lui à la dissolution du mariage ; il doit le restituer à la femme, qui est tenue de lui rembourser la soulte qu'il a payée. Le retrait d'indivision n'est pas facultatif pour la femme, comme en droit moderne (C. civ. 1408). Durant le mariage, la part acquise par le mari ne devient pas dotale; elle peut être aliénée sans le consentement de la femme. Tryph., *D.*, XXIII, 3, 78, 4.

(5) Paul, *h. t.*, 10, 2.

(6) L'instance forme un *judicium duplex*, parce que chacun des plaideurs y joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur (Gaius, *h. t.*, 2, 1). Cf. Keller, n. 458; Lenel, I, 237. Ce caractère de l'action divisoire se justifie aisément si l'on tient compte du but que poursuivent les communistes; tout partage implique des sacrifices réciproques; il entraîne souvent des prestations réciproques : il était nécessaire de donner au juge le droit d'imposer une prestation au demandeur. Les textes confirment cette manière de voir : ils prouvent que la condamnation peut être prononcée contre les deux parties (Jul., *D.*, X, 2, 52, 2 : *Pro his rebus alterum*

§ 2. **Fonctions accessoires des actions en partage.** — Les actions en partage ne servent pas seulement à obtenir le partage des biens communs; elles ont eu dès la fin de la République d'autres fonctions :

Chacun des communistes doit réparation du dommage causé par son fait à la chose commune (1). Il répond aussi de son dol et de sa faute qui, depuis Justinien, est appréciée *in concreto* (2). — Chaque communiste peut se faire tenir compte des dépenses nécessaires qu'il a faites dans l'intérêt de la communauté (3). Ce droit a été plus tard étendu aux dépenses faites de bonne foi (4). — Chacun des communistes doit faire participer les autres au profit qu'il a retiré de la chose commune au delà de la part à laquelle il a droit. Ce sont là des prestations analogues à celles qui résultent d'un contrat de bonne foi (5). On en réclamait l'exécution, lors de la demande en partage et à titre accessoire (6), afin de régler en une seule fois toutes les difficultés résultant de l'indivision.

§ 3. **Extension des actions en partage.** — 1. Après la cessation de l'indivision. — L'action *c. d.* peut être exercée en dehors de tout partage pour obtenir les prestations résultant de la communauté. Cette règle, qui apparaît au IIe siècle, est admise : *a*) lorsque la chose a péri. On a pensé que la perte de la chose ne doit pas empêcher les communistes de faire valoir leurs créances en indemnité. On réalise cette extension de l'action *c. d.* au moyen d'une fiction : on suppose que l'indivision n'a pas pris fin. L'action est donnée à titre d'action utile (7). *b*) Lorsqu'un des communistes a aliéné sa part (8). Il ne dépend pas de lui d'aggraver la situation des autres en les obligeant à exercer l'action de la loi Aquilia ou l'action de gestion d'affaires.

2. Durant l'indivision. — Sous Justinien, l'action *c. d.* peut être exercée durant l'indivision soit pour réclamer le montant des impenses faites par l'un des communistes, soit pour l'obliger à laisser jouir les autres dans la mesure de leur droit. Cette innovation a été introduite dans les textes classiques par voie d'interpolation (9).

3. Indivision entre personnes qui ne sont pas copropriétaires. — Les actions en partage peuvent être exercées, non seulement par les copropriétaires, mais aussi par les titulaires de certains droits réels sur la

alteri condemnandos esse intelligebat; cf. Ulp., *h. t.*, 6, 11) et que l'adjudication peut être faite au profit de l'un quelconque des plaideurs (Paul., *h. t.*, 10, 1; cf. 6, 10).

(1) Alf., *h. t.*, 26; Lab., 4, 3; Ofil., *D.*, X, 2, 16, 6.

(2) Cette restriction qui n'est pas dans Ulp., *D.*, X, 2, 16, 4, a été introduite par interpolation dans 25, 16 : *diligentiam praestare debet qualem in suis rebus.*

(3) Paul., *eod.*, 25, 15 : *cogente necessitate.*

(4) Sev., Carac. ap. Ulp., *eod.*, 18, 3; Diocl., *C.*, III, 36, 18, 1.

(5) Dans une lettre à Trebatius de l'an 701, Cicéron cite l'action *c. d.* à côté de la formule de fiducie qui contient les mots *inter bonos bene agier* (*ad Fam.* VII, 12, 2). Cette analogie a conduit Justinien à classer les actions en partage parmi les actions de bonne foi.

(6) Ulp., *h. t.*, 4, 3; 3 pr. Paul., *eod.*, 1. Cf. Ulp., *D.*, X, 2, 22, 4, dont la fin est interpolée. Cf. Ad. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klass. röm. Recht*, 1912, p. 103.

(7) Gaius, *h. t.*, 11. Pap., *D.*, X, 2, 31 : *Sufficit... communionis causam quae praecessit quaeque hodie duraret, si res non intercidisset.*

(8) Ulp., *h. t.*, 6, 1.

(9) Paul., *h. t.*, 14, 1. Cf. Audibert, *N. R. H.*, XXVIII, 287; Berger, 210-220.

chose d'autrui : droit sur l'*ager vectigalis* et, tout au moins sous Justinien, superficie (1). Ils les exercent à titre d'actions utiles. Il en est de même des usufruitiers (2), des possesseurs qui ont droit à la Publicienne, des envoyés en possession à titre conservatoire (3), mais non des précaristes (4).

4 ÉTATS ANALOGUES A L'INDIVISION. — Les actions en partage ont été étendues, sous la forme d'actions utiles, à des cas où il n'y a pas indivision : entre titulaires d'une servitude prédiale de passage ou d'aqueduc, ou d'une servitude personnelle d'usage portant sur la même chose. Ces droits étant indivisibles, il ne saurait être question d'indivision ni de partage. Mais comme les titulaires de ces servitudes ont des droits identiques sur la chose, le concours de leurs droits produit un état analogue à l'indivision. On peut craindre des conflits, comme entre copropriétaires. L'application de l'action en partage n'a pas été admise sans difficulté en matière de servitudes prédiales (5). Elle ne l'a été vraisemblablement pour la servitude d'usage que sous Justinien (6).

L'application des actions en partage a été pareillement étendue à la matière de l'hypothèque, pour prévenir des conflits analogues à ceux qui résultent de l'indivision. Lorsqu'un débiteur hypothèque sa part indivise d'un fonds, une action *c. d.* utile est donnée au copropriétaire du fonds contre le créancier hypothécaire (7). De même lorsqu'un débiteur hypothèque à deux créanciers deux quotes-parts du même fonds, chacun des créanciers hypothécaires peut exercer l'action *c. d.* contre l'autre (8).

§ 4. **Nature des actions en partage.** — C'est une question de savoir si les actions en partage sont personnelles ou réelles. D'après Justinien, elles sont mixtes *tam in rem quam in personam* (9). Cette manière de voir peut se justifier théoriquement : le droit de demander la cessation de l'indivision est un attribut de la copropriété; il se transmet avec la chose en cas d'aliénation (10). A cet égard l'action en partage est réelle. Mais l'indivision peut faire naître des rapports obligatoires, comme s'il y avait un contrat de société (11) : à ce point de vue l'action est personnelle. Historiquement les actions en partage ont été réelles avant de servir à sanctionner des obligations. La difficulté est de déterminer comment, à l'époque classique, on exprimait dans la formule le

(1) ULP., *h. t.*, 7 pr. ; *D.*, X, 2, 10 ; XLIII, 18, 1, 8. L'application à la superficie date seulement de Justinien, d'après BESELER, 100, qui tient ces textes pour interpolés.
(2) JUL., *D.*, XLIII, 20; 4 ; ULP., *D.*, VII, 1, 13, 3; PAUL, *D.*, XLV, 3, 32.
(3) ULP., *h. t. D.*, X, 3, 7, 2-3; 7, 8. JUL. ap. ULP., 4, 4; 5.
(4) ULP., *eod.*, 7, 4, qui n'est probant que pour l'époque de Justinien.
(5) Labéon écarte l'action *c. d.* Julien l'admet pour une raison d'équité (*D.*, XLIII, 20, 4). Paul préfère l'action de gestion d'affaires (*h. t.*, 19, 2 et 4).
(6) PAUL, *h. t.*, 10, 1. Il est difficile de croire que Paul ait admis ici l'action qu'il écarte pour les servitudes prédiales. Le style incorrect de la seconde phrase révèle une interpolation. Cf. BERGER, 45.
(7) ULP., *eod.*, 7, 13; ALEX., *C.*, III, 37, 2, 1.
(8) ULP., 7, 6. Cf. JOURDAN, *L'hypothèque*, 599 ; BERGER, 56.
(9) *Inst.*, IV, 6, 20. C. Proc., 59. Cf. GLASSON, *Précis*, I, 141.
(10) DIOCL., *C.*, III, 37, 5. ULP., *h. t.*, 6, 1. Cf. AUDIBERT, *L'évolution de la formule des actions familiæ erciscundæ et communi dividundo* (*N. R. H.*, XXVIII, 654).
(11) *Inst.*, III, 27, 3 et 4.

double objet réel et personnel de ces actions (1). Justinien a donné un fondement nouveau aux actions en partage : il les fait reposer sur la bonne foi (2). Il a par suite accentué le caractere personnel de ces actions qui, d'après lui, sanctionnent des rapports quasi-contractuels. Le caractère réel passe au second plan.

IV. Fonds ruraux limitrophes.

En cas d'empiétement sur les limites d'un fonds rural (3), le propriétaire peut, d'après les Douze Tables, forcer son voisin à faire établir judiciairement les limites respectives de leurs champs. Ce droit est sanctionné par l'action *finium regundorum* qui donne lieu à la procédure *per arbitri postulationem*; le débat a le caractère d'un *jurgium*. Chacune des parties indique les limites qu'elle prétend avoir (4). A défaut d'accord, le jugement est confié à trois arbitres (5), qui fixent les limites (6) et ordonnent le rétablissement des lieux dans leur état normal, sinon condamnent le contrevenant à payer une indemnité (7).

L'action *fin. reg.* s'applique uniquement aux contestations relatives au *confinium (controversia de fine)*, c'est-à-dire à la bande de terre de 5 pieds qui doit rester en friche autour des champs. Si la largeur du terrain contesté dépasse cette mesure, le débat porte sur la propriété : c'est une *controversia de loco;* il faut recourir à la revendication (8). Cette distinction a été écartée par Justinien, qui applique l'action *fin. reg.* à

(1) D'après Audibert (*op. cit.*, p. 274, 401, 649), la formule de ces actions se compose de deux parties distinctes qui étaient ordinairement réunies, mais qui pouvaient être exercées séparément. Suivant Lenel (*Edictum*², 202), il y avait une formule unique contenant une *demonstratio* suivie d'une *adjudicatio*, puis d'une *intentio ex fide bona* et d'une *condemnatio*.

(2) *Inst.*, IV, 6, 28. C'est un point qui a été mis en lumière par Audibert (*op. cit.*, 431) et qui ne saurait être contesté : l'interpolation de Diocl., *C.*, III, 38, 3 en est la preuve. D'après ce rescrit dont l'original a été conservé (*C. Greg.* III, 4; *Consult.*, II, 6), lorsqu'un partage entre majeurs est entaché de fraude, le magistrat doit accorder l'*in integrum restitutio* et rectifier l'acte accompli par dol contrairement à l'égalité. Justinien estime que cette rectification rentre dans les pouvoirs du juge de l'action de bonne foi. De même, dans Diocl., *C.*, III, 36, 9, on a rapporté au caractère de bonne foi de l'action *familiæ erciscundæ* la règle *fructus augent hereditatem*, tandis que les classiques la rattachent à l'idée que l'hérédité forme un seul tout (Ulp., *D.*, V, 3, 20, 3). — Au IIᵉ siècle, le cohéritier qui a soutenu un procès dans l'intérêt de tous doit opposer l'exception *doli* à l'a. *fam. ercisc.* pour se faire tenir compte des frais. Scæv., *D.*, X, 2, 39 pr.

(3) Ulp., *h. t.*, (*D.*, X, 1), 2 pr. S'il s'agit d'un *ager limitatus*, le débat est une *controversia de rigore*. Frontin, 11, 3; 12, 1. Cf. Karlowa, II, 461.

(4) C'est la *demonstratio*. Apul., *Met.*, IX, 35 : *amicos plurimos ad demonstrationem finium ... corrogarat.*

(5) Cic., *de leg.*, I, 21. D'après la loi Mamilia, antérieure à Cicéron, on ne nomme plus qu'un arbitre. Cf. Ed. Cuq, vº *Lex* (*Dict. Antiq.*, III, 1154).

(6) *Fines dirimere* : Ulp., *h. t.*, 2, 1; *C. I. L.*, III, 586; *Ephem. epigr.*, II, 340.

(7) Paul., *h. t.*, 4, 3.

(8) La distinction de *finis* et de *locus* est attestée par Frontin (9, 2, 37, 19). Elle est si nette que, lorsque par erreur on a demandé un juge ou des arbitres *finium regundorum causa*, le jugement est nul de plein droit (*Ibid.*, 43, 19). L'intérêt de la distinction est triple : 1º le défendeur à la revendication peut invoquer l'usucapion; le *confinium* est imprescriptible; 2º le juge de la revendication n'a pas le pouvoir d'*adjudicare*; 3º le procès est soumis à un juge ordinaire, et non à des *agrimensores*. Cette dernière différence n'a pas été rigoureusement observée. D'après Frontin (*l. c.*), on peut *mensores arbitros conscribere* ou *sortiri judices fin. reg. causa*. Cf. un *judex datus ad fines regundos*. *C. I. L.*, III, 9860, 9938.

toute contestation relative aux limites des champs sans rappeler les 5 pieds des Douze Tables (1).

A l'époque classique, l'action *fin. reg.* est présentée comme une action personnelle, faisant fonction de revendication. Justinien la range parmi les actions divisoires *(tam in rem quam personam)*, bien qu'elle n'ait pas pour objet principal de mettre fin à un état d'indivision (2). Mais, comme les actions en partage, c'est une action double; le juge reçoit le pouvoir d'adjuger soit dans le cas où les limites ne sont pas reconnaissables, soit lorsqu'il croit utile, pour prévenir des contestations, de rectifier les limites des deux fonds (3). Il adjuge à chacun des propriétaires voisins, des parcelles du fonds de l'autre en le condamnant à en payer la valeur. Il peut aussi, le cas échéant, condamner à la restitution des fruits indûment perçus, et à la réparation du dommage causé par dol ou par faute (4).

L'action *fin. reg.* peut être intentée soit entre fermiers d'*agri vectigales*, soit entre créanciers gagistes ou usufruitiers, ou même entre un usufruitier et le propriétaire voisin (5).

CHAPITRE IX

Les délits.

On distingue deux sortes de délits : les délits privés et les délits publics (6). Les uns et les autres sont des actes illicites, mais les premiers portent atteinte à la personne ou aux biens des particuliers, les seconds aux intérêts de l'État. Les uns et les autres sont réprouvés par la loi en raison du trouble qu'ils causent directement ou indirectement à l'ordre social; mais les délits publics seuls donnent lieu à une poursuite criminelle *(judicium publicum)* (7), dans laquelle tout citoyen a le droit et le devoir de se porter accusateur (8).

(1) Il n'en était pas ainsi au IVe siècle. En 331, Constantin rappelle la distinction dans *C. Th.*, II, 26, 3. Justinien s'est abstenu de reproduire cette loi, et il a dénaturé le sens de deux lois postérieures adressées l'une en 385 au préfet d'Italie, l'autre en 392 au préfet d'Orient pour exclure la prescription *(longi temporis)* dans les procès *de fine*, comme les Douze Tables avaient exclu l'usucapion (VALENT. II, *C. Th.*, II, 26, 4; THEOD., *eod.*, 5). En insérant ces lois dans son code, Justinien fait dire à Théodose que l'action *fin. reg.* se prescrira par 30 ans et non par le délai de la prescription *l. t.*, et à Valentinien que la prescription est exclue pour les 5 pieds (*C.*, III, 39, 5 ; 6).

(2) PAUL, *h. t.*, 1 ; 4, 6-7. *Inst.*, IV, 6, 20.

(3) JUL., *h. t.*, 10 ; ULP., 2, 1.

(4) GAIUS, *h. t.*, 3 ; PAUL, *h. t.*, 4, 9-10 ; X, 2, 56.

(5) PAUL, *h. t.*, 4, 2. L'action *fin. reg.* n'est présentée nulle part comme une action de bonne foi.

(6) Cette distinction remonte aux premiers siècles de Rome. Comme exemple d'un délit public, on peut citer le crime de haute trahison.

(7) *D.*, XLVIII, 2, 1 : *De publicis judiciis.*

(8) *Inst.*, IV, 18, 1. Cette poursuite fut d'abord exercée devant les comices, puis vers la fin de la République et surtout depuis Sylla, devant des tribunaux spéciaux, composés d'un nombre plus ou moins grand de citoyens et présidés par un Préteur. Ces tribunaux, institués par la loi et appelés à connaître chacun d'une catégorie particulière de délits, devinrent permanents et formèrent l'*ordo publico-*

Les délits privés donnent lieu à une poursuite suivant les formes ordinaires de la procédure civile *(judicium privatum)*. L'État laisse à la victime le soin de l'exercer (1). Il lui abandonne aussi le profit de la peine pécuniaire encourue par l'auteur du délit. En cela les délits privés diffèrent encore des délits publics qui entraînent, tantôt une peine corporelle ou une déchéance (perte de la cité ou de la liberté), tantôt une peine pécuniaire au profit du Trésor (2).

L'étude des délits doit être faite ici à un point de vue spécial : on les envisagera uniquement comme l'une des sources des obligations au profit d'un particulier. On ne s'occupera pas des délits publics.

§ 1er. **Obligations délictuelles.** — A l'époque classique les obligations, résultant des délits privés, ont pour fondement une violation de la loi ou de l'Edit. On assimile aux délits certains actes qui consistent dans l'inexécution d'une promesse : le Préteur, par exemple, traite comme un délinquant le dépositaire ou le commodataire qui ne restitue pas l'objet qu'il a reçu. C'est un vestige d'une époque où la loi intervenait plutôt pour réprimer des torts que pour assurer l'exécution des engagements (p. 383). Le nombre de ces actes a été en diminuant à mesure que la notion de contrat s'est développée.

Les obligations délictuelles ont toujours pour objet une peine pécuniaire. Dans l'ancien droit, certains actes illicites commis entre voisins donnaient lieu non pas à une peine mais à une réparation en nature : depuis l'introduction de la procédure formulaire, la condamnation devant, dans tous les cas, consister en une somme d'argent, il n'y a plus lieu de rechercher si la peine a le caractère d'un châtiment.

Toute personne, même un esclave, est capable de s'obliger par son délit : il suffit qu'elle soit *doli capax*, ce qui exclut les fous et les impubères *infantes* ou *infantiæ proximi* (3). Une obligation délictuelle ne peut se former entre personnes soumises à la puissance d'un même chef. La *capitis deminutio* n'éteint pas l'obligation délictuelle. Enfin cette obligation est sanctionnée par une action pénale.

§ 2. **Sanction.** — L'action pénale fait contraste avec l'action *rei perse-*

rum judiciorum (cf. Paul, *D.*, XLVIII, 1, 8) : on les appela *quæstiones perpetuæ*. Sous l'Empire, cette juridiction fut peu à peu délaissée : un grand nombre de délits publics furent jugés *extra ordinem* par l'empereur ou par ses délégués. Ce furent les *crimina extraordinaria* (*D.*, XLVII, 11), qui reçurent une large extension et finirent par absorber tous les délits publics.

(1) *D.*, XLVII, 1 : *de privatis delictis.*

(2) L'État se désintéresse en quelque sorte des délits privés, ou pour mieux dire il s'efface devant la victime. C'est une conséquence du système de la vengeance privée, que l'on a maintenue malgré l'adoucissement des mœurs et l'affermissement de l'autorité de l'État. Sous l'Empire, la situation se modifia progressivement : l'État affirma son droit de réprimer tous les troubles apportés à l'ordre public. Dès lors le même acte, le vol par exemple, constitue à la fois un délit public et un délit privé ; mais comme les peines ne peuvent se cumuler, la victime doit en principe choisir entre la poursuite civile et la poursuite criminelle (Ulp., *h. t.*, 3 ; Jul., *D.*, XLVII, 2, 57, 1). La règle souffre quelques exceptions (Paul, *D.*, XXXIX, 4, 9, 5. Cf. Mommsen, *Strafr.* III, 226). Le droit moderne exclut de l'action civile toute idée de peine pour ne laisser subsister que celle de réparation du dommage. Dans ce système, il est permis d'intenter successivement l'action publique et l'action civile.

(3) Au Ier siècle, on soutenait encore que le fou devait réparation du *damnum injuria datum*. Pegasus fit écarter cette manière de voir (Ulp., *D.*, IX, 2, 5, 2).

cutoria qui sanctionne l'obligation contractuelle. L'une tend à infliger une peine pécuniaire au défendeur : cette peine est tantôt égale, tantôt supérieure au préjudice causé; c'est ordinairement un multiple de la valeur de ce préjudice. Dans tous les cas, elle appauvrit le patrimoine du défendeur; souvent elle enrichit celui du demandeur. L'action *rei persecutoria* tend à rétablir dans son intégrité le patrimoine du demandeur.

L'action pénale diffère à plusieurs égards de l'action *rei persecutoria :* 1° Celle-ci est transmissible; l'action pénale ne l'est pas : elle s'éteint à la mort du délinquant. 2° L'action *rei persecutoria* se donne *de peculio* contre le chef de famille en raison des engagements contractés par les personnes placées sous sa puissance et qui ont un pécule. L'action pénale se donne *noxaliter* en raison de leurs délits. 3° Si plusieurs personnes sont tenues d'une obligation solidaire, le payement fait par l'une libère les autres; l'action *rei persecutoria* ne peut être intentée qu'une fois. L'action pénale, au contraire, peut être exercée successivement contre chacun des codélinquants : la peine payée par l'un est la rançon du délit qu'il a commis, et ne libère pas les autres (1). 4° L'action pénale, étant donnée pour punir le délinquant et non pour indemniser la victime, peut se cumuler avec l'action en réparation du préjudice (2). On ne peut pas cumuler deux actions *rei persecutoriæ* tendant à réparer le même préjudice (3). — Le principe de l'intransmissibilité passive de l'action pénale a été atténué par application d'une règle introduite à la fin de la République pour les délits publics de péculat et de concussion (4), puis étendue progressivement aux délits privés sanc-

(1) Diocl., *C.*, IV, 8, 1.
(2) Ulp., *D.*, XIII, 1, 7, 1 ; Paul. *D.*, XLIV, 7, 34, 2.
(3) Paul., *eod.*, 34, 1. La seconde action pourrait être exercée si elle était plus avantageuse que la première, mais seulement pour obtenir l'excédent. Paul, *eod.*, 41, 1 ; Ulp., *D.*, XVII, 2, 43; 47 pr. On a cru trouver dans *Inst.*, IV, 6, 18, 19, le principe d'une distinction à établir parmi les actions pénales : les unes seraient purement pénales : les autres auraient à la fois pour objet la peine et la réparation du préjudice : ce seraient des *actions mixtes*. Aux premières seules s'appliqueraient lès règles qui précèdent; quant aux autres, on les observerait dans la mesure où ces actions sont pénales; on les écarterait pour le surplus : Savigny, *System*, V, § 210 *c*. Mais cette conséquence n'est pas admise à l'époque classique : l'action de la loi Aquilia par exemple, qui est une action mixte dans le sens indiqué par Justinien, est traitée comme les actions pénales. Elle est intransmissible passivement : Ulp., *D.*, IX, 2, 23. 8; elle se donne *noxaliter :* Gaius, IV, 76; elle peut être exercée contre chacun des codélinquants (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 11, 2), sauf lorsqu'elle concourt avec une action *rei persecutoria* (Ulp., *D.*, XIII, 6, 7). Gaius, il est vrai, parle, lui aussi (IV, 9), d'actions mixtes, mais dans un sens tout différent : pour lui l'action mixte est celle qui croît au double en cas d'*infitiatio*, quelle que soit d'ailleurs son origine délictuelle ou quasi contractuelle. — La distinction proposée par les Institutes n'a guère d'intérêt qu'au point de vue du concours des actions; mais les textes relatifs à cette question sont pour la plupart interpolés; on ne peut affirmer qu'ils expriment des règles admises par les classiques. Cf. Eisele, *Arch. Civ. Pr.*, LXXIX, 327.
(4) Comme plusieurs lois antérieures, la loi Julia *repetundarum* de 695 permet d'agir contre toute personne qui a profité de l'argent pris par le magistrat concussionnaire (Cic., *p. Rabir. Post.*, 4, 8, 9.) La loi Julia *peculatus* et *de residuis* de César ou d'Auguste permet de poursuivre l'héritier de l'auteur du crime, alors même que l'accusation n'aurait pas été intentée du vivant du coupable. C'est une dérogation à la règle que les peines sont personnelles (Mod., *D.*, XLVIII, 2, 20) : elle se justifie par cette idée qu'il s'agit ici surtout d'*ablatio pecuniæ* (Pap., *D.*, XLVIII, 13, 16). Il a paru inique de laisser aux héritiers le profit du détournement

tionnés par des actions pénales prétoriennes : les héritiers sont tenus dans la mesure de leur enrichissement (1). L'action donnée contre les héritiers est l'action même qui aurait été donnée contre leur auteur, mais on y joint une clause pour restreindre la *condemnatio* (2).

§ 3. **Délits privés.** — Les délits privés sont nombreux. Gaius et Justinien, dans les Institutes, n'ont pas jugé utile d'en donner l'énumération ni d'en faire connaître les particularités. Suivant leur exemple, on ne parlera ici que des obligations résultant des délits d'injure, de vol et de *damnum injuria datum*. On y joindra simplement les cas de *damnum infectum* et les délits prétoriens de dol, de violence et de fraude envers les créanciers.

I. L'injure.

§ 1er. **Notion de l'injure.** — Au temps des Douze Tables, l'injure est un acte matériel de violence commis contre une personne libre, parfois contre un esclave appartenant à autrui; on n'a pas à rechercher si l'acte a été commis avec intention (3). On traite comme une injure le fait de couper l'arbre d'autrui (4).

L'injure contre une personne libre peut être légère ou grave. La première consiste en une voie de fait, comme un soufflet (5) : la seconde consiste dans la fracture d'un os ou l'ablation d'un membre (6). L'injure contre un esclave n'est punie que s'il y a fracture d'un os (7). Depuis la loi Aquilia, cette fracture rentre dans la catégorie des dommages prévus par le 3e chapitre.

Aux derniers siècles de la République et sous l'Empire, la notion de l'injure est plus complexe (8). Elle suppose en général (9) l'intention d'offenser quelqu'un *(contumelia)* (10). L'intention doit se manifester en

commis par leur auteur. Ils sont tenus en conséquence dans la mesure de leur enrichissement, *quod ad eos pervenit*. Mommsen (*Strafr.*, III, 80) pense que l'action était donnée contre les héritiers sans être restreinte à l'enrichissement; ils auraient été tenus comme leur auteur. Il est vrai que la *lex Malacitana* (c. 67) permet, en cas de détournement des deniers municipaux, d'agir au double, soit contre l'auteur du délit, soit contre son héritier : mais c'est une décision exceptionnelle. Cicéron (*loc. cit.*; *ad Fam.*, 8, 8) dit seulement *Quo ea pecunia pervenerit* (cf. Plin., *Ep.*, III, 9, 6). Labéon appliqua la règle nouvelle à l'action donnée par le Préteur contre les publicains en raison des objets qu'ils ont enlevés par violence (Paul, *D.*, XXXIX, 4, 4 pr.), à l'interdit *de opere restituendo* (Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 20, 8), à l'action tributoire (*D.*, XIV, 4, 9, 2). Sabinus l'étendit à tous les interdits; Cassius à toutes les actions pénales honoraires (Paul, *D.*, XLIII, 1, 4; XLIV, 7, 35 pr.).

(1) Paul, *D.*, IV, 3, 29 : *calculi ratione potius quam maleficii.*

(2) Ulp., *D.*, III, 6, 5 pr. Cf. Bekker, *Die Aktionen*, I, 175, 22. Parfois on donne une action *in factum* : Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 43; 3, 18.

(3) Gell. XX, 2 : *Si quis membrum... alteri imprudens ruperit.*

(4) Plin., *H. n.*, XVII, 1, 7. Cf. Gaius, IV, 11 : Paul, *D.* XII, 2, 28, 6; Pomp., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 7, 3, 3.

(5) Lab. ap. Gell., XX, 1, 13.

(6) Cic., *de inv.* II, 20, précise le sens de *membri ruptio*. Cf. Appleton, *MC.*, I, 16.

(7) Gaius, III, 223.

(8) Gaius, III, 220. Cf. Ed. Cuq, v° *Injuria* (*Dict. Antiq.*, III, 519).

(9) L'action d'injures est donnée contre celui qui a administré à une personne un médicament qui a égaré sa raison. Lab., ap. Ulp., *h. t.*, (XLVII, 10), 15 pr. Cf. Ulp., *D.*, XLVIII, 19, 38, 5.

(10) Ulp., *h. t.*, 3, 1; IX, 2, 5, 1; XXV, 4, 1, 8. L'idée d'offense apparaît au VIe siècle. Plaut., *Asin.*, 489; Ter., *Phorm.*, 376; Cato, ed. Jordan, fr. 74, 1. La transition entre les deux conceptions est indiquée par Cicéron (*Ad Her.*, IV, 25) :

paroles, ou en acte *(verbis aut re)*. Cette notion, introduite sous l'influence du droit grec (1), a été consacrée par l'édit du Préteur (2), la loi Cornelia *de injuriis* de 673 et les constitutions impériales.

L'injure, supposant l'intention d'offenser, ne se conçoit pas de la part d'un fou, d'un impubère qui n'est pas *doli capax*, d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, à moins qu'il ne dépasse la mesure (3).

D'un autre côté, l'intention d'offenser ne se conçoit qu'à l'égard d'un homme libre. L'injure commise à l'égard d'un esclave n'était punie que si l'on avait eu l'intention d'offenser son maître (4). Sous l'Empire, lorsque la personnalité de l'esclave commença à se dégager, le Préteur le protégea contre les injures graves commises par des tiers (5) ; Antonin le Pieux, contre l'injure grave commise par son maître (6).

L'injure adressée à un fils de famille l'atteint personnellement en sa qualité d'homme libre ; en outre, elle rejaillit toujours contre son père. L'auteur de l'injure est donc tenu d'une double réparation : le père le poursuivra en son nom et au nom de son fils. Si le père est absent, le Préteur, pour ne pas laisser l'injure impunie, déroge au droit commun et autorise le fils à agir en justice (p. 141, 6). L'injure adressée à une femme mariée rejaillit contre son mari et contre son père : l'auteur de l'injure s'expose ici à une triple poursuite (7). Enfin l'injure adressée à un mort est réputée atteindre ses héritiers (8).

L'injure verbale comprend les propos offensants, les chants diffamatoires (9), les clameurs *(vociferatio)* proférées dans un rassemblement

on considère les propos offensants comme blessant l'oreille. Cf. Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, 1902, p. 9 ; 38.

(1) Labéon (*Collat.*, II, 5, 1) rapproche l'injure de l'ὕβρις du droit attique. Un papyrus de Halle, contenant des extraits d'une loi d'Alexandrie du IIIe s. a. C., permet de préciser les emprunts faits par le Préteur au droit grec (*Dikaiomata*, 1913). Cf. Partsch, *Arch. Pap.* VI, 54.

(2) L'édit contient huit clauses sur l'injure (cf. Lenel, II, 131 ; *Sav. Z.*, XX, 31) ; la plupart sont antérieures à la loi Cornelia. Il en est une pour laquelle le Préteur s'est inspiré de cette loi (p. 559, 4). L'édit sur l'injure adressée à l'esclave d'autrui semble postérieur à Labéon. Ulp., *h. t.*, 17, 2.

(3) *Ibid.*, 13, 1 ; 15, 39.

(4) Gaius, III, 222 ; Ulp., *h. t.*, 15, 35 ; Mela, ap. Ulp., 15, 45.

(5) L'édit fait une distinction : celui qui bat de verges l'esclave d'autrui ou le met à la question sans l'ordre de son maître, est, sauf exception, tenu de l'action d'injures ; le maître exerce l'action du chef de l'esclave. Pour toute autre injure le Préteur se réserve de procéder à une enquête dans laquelle il tiendra compte de la qualité de l'esclave, et, suivant le résultat, il accordera ou refusera l'action (*ibid.*, 15, 38 à 44). Voir le texte de l'édit dans Ulp., *h. t.*, 15, 34.

(6) P. 80. Le maître qui injurie son esclave ne saurait être poursuivi en justice ; mais si l'injure est grave, le magistrat peut intervenir et, après enquête, faire vendre l'esclave sous la condition qu'il ne reviendra jamais au pouvoir de son ancien maître (Gaius, IV, 78 ; *Collat.*, II, 3, 5, 3). L'individu *in mancipio* peut exercer l'action d'injures contre celui qui temporairement est son maître (p. 84). Le fils émancipé ne peut reprocher une injure à son père, l'affranchi à son patron, si elle n'est atroce (Ulp., *h. t.*, 7, 2 et 3).

(7) Nerat., *h. t.*, 41 ; Ulp., 30, 1 ; Alex., *C.*, IX, 35, 2. — Gaius, III, 221.

(8) Ulp., *h. t.*, 1, 4. Exemples : injure à la mémoire du défunt (Lab. ap. Paul, 27), à ses obsèques (Ulp., 1, 6) ; arrêt du cadavre (Jul., ap. Ulp., *eod.*)

(9) Cicéron (*De Rep.* IV, 10, 12) attribue aux Douze Tables la répression de cette injure par une peine capitale. Cette peine était, d'après Horace (*Ep.* XI, 1, 154), infligée à l'aide du bâton (*fustis*) ; mais le bâton fut d'abord un mode de correction réservé aux militaires ; les civils étaient frappés de verges. La peine rigoureuse édictée contre l'auteur d'un *carmen famosum* donne à penser que ce délit avait anciennement un caractère bien plus grave : il s'agissait sans doute de

contre une personne, en vue de nuire à sa réputation *(convicium)*. La présence de la victime n'est pas nécessaire ; il suffit que le *convicium* ait lieu devant sa maison ou le lieu de sa résidence (1). Un Sc. du temps d'Auguste (2) a étendu aux écrits *(famosi libelli)* la règle sur les chants diffamatoires (3).

L'injure réelle comprend les coups et blessures *(pulsare, verberare)*, la violation de domicile, les actes contraires aux convenances ou de nature à nuire à la réputation d'une femme, d'un garçon ou d'une jeune fille. Elle est prévue par la loi Cornelia et par l'édit (4).

La notion de l'injure a été étendue au cas où l'on a fait seulement le geste de frapper quelqu'un (5), où l'on a empêché une personne d'exercer ses droits (6). L'édit contient une clause générale par laquelle le Préteur promet l'action d'injures pour tout fait tendant à nuire à la réputation d'autrui (7).

§ 2. **Répression des injures.** — 1. PEINES DE L'INJURE. — D'après les Douze Tables, l'injure légère entraîne une peine de 25 as ; pour l'injure grave (fracture d'un os), la peine s'élève à 300 as si la victime est un homme libre, 150 pour un esclave. Toute autre lésion du corps est punie du talion, mais les parties peuvent transiger (8). Pour l'injure consistant à couper l'arbre d'autrui, la peine est de 25 as (9).

Aux derniers siècles de la République, les peines fixes édictées par les Décemvirs n'étaient plus en rapport avec les conditions nouvelles de l'état social : elles étaient souvent illusoires (10). Dans les pays de culture hellénique, la coutume s'était introduite de confier à un arbitre le soin de fixer le montant de la réparation (11). Le Préteur, s'inspirant

formules magiques, orales ou écrites, destinées à jeter un mauvais sort sur une personne. Pline (*H. n.*, XXVIII, 4, 17) rapproche le *malum carmen condere* ou *incantare* de la disposition relative aux artifices magiques destinés à attirer sur un champ la moisson d'autrui (SERV. *Æn.*, VIII, 99). Tel était aussi peut-être le caractère de l'*occentatio* (PAUL, V, 23, 15), bien que Festus donne à ce mot le sens de *convicium*. Cf. HUVELIN, *La notion de l'injuria*, 1903, p. 39 ; MASCHKE, *Die Persönlichkeitrechte des röm. Injuriensystems*, 1903, p. 11.

(1) ULP., *h. t.*, 15, § 5, 7, 9, 11 et 12.

(2) ULP., *h. t.*, 5, 10 ; PAUL, 6. Le Sc. est antérieur à la mort d'Horace (746) : l'*Art poétique* (v. 282), fait allusion au changement introduit dans la législation.

(3) Ce genre d'écrit était fort répandu à la fin de la République ; on y avait recours pour déconsidérer des adversaires politiques et leur nuire auprès du public (DIO., LXVI, 11). Qu'ils fussent anonymes ou signés d'un pseudonyme, il était difficile d'atteindre les auteurs ou éditeurs par les voies ordinaires de la procédure privée (ULP., *h. t.*, 5, 9-10). Auguste prescrivit aux magistrats de rechercher ceux qui publieraient sous un pseudonyme des écrits ou des chants diffamatoires et d'appliquer aux coupables la loi *de majestate* (SUET., *Aug.*, 55 ; TAC., *Ann.*, I, 72 ; PAUL, V, 4, 15). Au Bas-Empire, Constantin punit de mort l'auteur anonyme du libelle (*C. Th.*, IX, 34, 1). Valens l'invite à se faire connaître et lui promet une récompense, s'il prouve l'exactitude de ses assertions (*C.*, IX, 36, 2).

(4) TIB., I, 6, 41. ULP., *h. t.*, 9, 4 ; 5 pr., 1-2 ; PAUL, 10 ; GAIUS, III, 220.

(5) ULP., *h. t.*, 15, 1 : *Utili injuriarum actione tenetur.*

(6) JUL., *D.*, XIX, 1, 25 (cf. JHERING, *Actio injuriarum*, p. 42) ; ULP., *h. t.*, 24 ; *D.*, XLIII, 8, 2, 9.

(7) Le texte de l'édit est dans ULP., *h. t.*, 15, 25. Voir les exemples cités dans notre article INJURIA (*Dict. Ant.*, III, 520).

(8) GAIUS, III, 223. CATO (éd. Jordan, fr., 17). CIC., *de rep.*, III, 29.

(9) Les Douze Tables donnent ici l'action *de arboribus succisis*. PLIN., *H. n.*, XIV, 1, 9 ; VIRG., *Ecl.*, V, 30. PAUL, *D.*, XLVIII, 7, 1 pr.

(10) Voir l'anecdote de L. Veratius (LAB., ap. GELL., XX, 1, 13).

(11) PAUL, V, 4, 7 : *Moribus (introducta est injuriarum actio) quoties factum pro*

du droit grec, promit dans son édit de nommer des récupérateurs pour estimer les injures. L'innovation du Préteur fut appliquée à tous les cas d'injures *(edictum generale)*, même à ceux qui donnaient lieu jadis à la peine du talion (1). Il y eut dès lors à côté de la peine civile une peine honoraire, à côté de l'action civile, qui tomba en désuétude (2), une action prétorienne que les modernes appellent *æstimatoria* (3).

L'estimation de l'injure était assez délicate : l'injure atteint la victime dans sa personne, dans son honorabilité, et non dans son patrimoine. On doit tenir compte du rang social de l'offensé, de la considération dont il jouit; même pour l'injure adressée à un esclave, il y a des degrés dans la condamnation. — On doit aussi rechercher si l'injure est atroce. Une injure est atroce en raison du fait (coups ou blessures), du lieu où elle a été commise (théâtre, forum), de la qualité de l'offensé (magistrat, sénateur, père, patron) (4). L'injure atroce est plus sévèrement punie que l'injure simple; et il y a des cas où l'injure n'est punie que si elle est atroce. — Le plaignant doit indiquer d'une façon précise l'injure qu'il a subie (5), et le montant de la réparation qu'il désire obtenir, mais les juges ont la faculté d'en réduire le chiffre. Si l'injure est atroce, l'estimation en est faite indirectement par le Préteur lors du *vadimonium*. Le juge, par déférence pour le magistrat, se conforme en général à cette estimation (6).

2. L'Action d'injures. — Cette action se donne contre l'auteur de l'injure; puis contre le complice, c'est-à-dire contre celui qui a donné mandat ou payé quelqu'un pour commettre le délit (7). — Si le coupable est un esclave, son maître a la faculté de le livrer pour être battu de verges. Sinon la poursuite doit, en vertu de l'édit, être exercée contre le maître : il est tenu de payer le montant de la peine fixée par le juge, ou de faire l'abandon noxal de l'esclave. Il en était vraisemblablement de même lorsque l'injure avait été commise par un fils de famille (8).

L'action d'injures est *in bonum et æquum concepta*, intransmissible activement et passivement; elle survit à la *capitis deminutio* (9). Elle ne peut être intentée que dans l'année du délit (10). Elle s'éteint par un simple pacte; on attribue le même effet à la transaction et au ser-

qualitate sui arbitrio judicis æstimatur. Cette coutume a été consacrée par la loi d'Alexandrie du IIIe siècle avant notre ère. *P. Hal.* 1, l. 210. Cf. Partsch, *Arch. Pap.*, VI, 40; Mitteis, *Sav. Z.*, XXXIV, 461.

(1) S. Cæcil. Afric. ap. Gell, XX, 1, 38.

(2) *Inst.* IV, 4, 7. Elle subsistait encore au IIIe siècle. Paul, *Collat.*, II, 5, 5.

(3) Lab., *loc. cit.* L'édit date de la République (Serv., *h. t.*, 10, 15, 32; Cic., *ad Her.*, II, 26; IV, 25). Lenel (II, 132, 7) pense que cette action remonte au temps de Plaute (*Asin.*, 354). Cette opinion est confirmée par l'inscription de Magnesia (Dittenberger, *Syll.*, II, 928). Cf. Partsch, *l. c.*, 38.

(4) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 8; Gaius, III, 225. La place de la blessure rend parfois l'injure atroce : si l'on est frappé sur l'œil (Paul, *h. t.*, 8).

(5) Ulp., *h. t.*, 7, 2-4. Cette règle a été empruntée au droit grec : *P. Hal.*, l. 212.

(6) Gaius, III, 224; Paul, *Collat.*, II, 6, 1. Cf. p. 872, 6.

(7) Ulp., *h. t.*, 15, 2; 11 pr.; Proc., 11, 4-5; cf. Atilic., 11, 6.

(8) Ulp., *h. t.*, 17, 4-5; cf. Jul., 36.

(9) Ulp., *h. t.*, 11, 1; 13 pr., 28; 17, 22; Mela, 17, 2; Gaius, IV, 112.

(10) Diocl., *C.*, IX, 35, 5.

ment (1). Celui qui a d'abord dédaigné l'injure ne peut après coup se raviser et en demander réparation (2).

En dehors de la peine pécuniaire, la condamnation pour injure entraîne la perte du droit de postuler pour autrui, lorsque le défendeur a plaidé en son propre nom (3).

3. LOI CORNELIA. — Sylla trouva insuffisante la répression de certaines injures. La loi Cornelia établit pour les cas les plus graves (coups et blessures, violation de domicile) une sorte d'action publique (4) : si les deux parties étaient des hommes libres, l'affaire était soumise à un jury analogue à celui des *quæstiones perpetuæ* (5) ; mais le droit de poursuite n'appartenait pas à tout citoyen : il était réservé à la victime de l'injure (6).

Caracalla permit d'opter, dans les cas prévus par la loi, entre l'action prétorienne et l'action criminelle (7). Vers la fin de l'époque classique, on put choisir entre l'action prétorienne et une poursuite *extra ordinem* (8).

Depuis Zénon, les personnes de rang illustre ont la faculté d'exercer l'action criminelle ou d'y défendre par un *procurator* (9).

II. Le vol.

§ 1er. **Éléments constitutifs.** — Le vol (*furtum*) est l'acte par lequel on s'empare, contrairement au droit, d'un objet mobilier (10) appartenant à autrui (11). — Le vol consiste ordinairement en une sous-

(1) PAUL, *D.*, II, 14, 17, 1 ; ULP., *h. t.*, 11, 1. L'usage du serment a été introduit par la loi Cornelia : SAB. ap. ULP., *h. t.*, 5, 8.

(2) L'action d'injures ne doit pas être exercée à la légère : le défendeur a le droit de requérir un *contrarium judicium* qui permet au juge de condamner le demandeur s'il n'obtient pas gain de cause (p. 883). GAIUS, IV, 177.

(3) PAUL, *h. t.*, 14. Cf. p. 869, 4.

(4) La question a été discutée, mais il paraît difficile de contester l'existence de l'action publique en présence des textes qui opposent l'action *ex lege Cornelia* à l'action civile (ULP., 7, 6 ; MARCIEN, 37, 1) et à l'action prétorienne (ULP., 5, 6), et qui parlent de *recipere reum* (VENUL., *D.*, XLVIII, 2, 12, 4 ; CIC., *p. Cæc.*, 12). Cf. VOIGT, I, 706 ; PERNICE, *Labeo*, II, 14 ; MOMMSEN, *Strafr.*, III, 118.

(5) Cf. les causes d'exclusion de certains jurés (ULP., *h. t.*, 5 pr.).

(6) PAUL, *D.*, III, 3, 42, 1 : *Etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.* D'après Mommsen (*loc. cit.*), la peine devait consister en une amende dont le montant était fixé par le demandeur. La loi Cornelia n'était pas applicable aux esclaves : ils étaient punis *extra ordinem* (VENUL., *D.*, XLVII, 2, 12, 4).

(7) ULP., 7, 6 ; HERMOG., 45 ; IV, 4, 10.

(8) Celle-ci était de règle dans les cas où l'action prétorienne eût été inefficace, lorsque l'auteur de l'injure était déjà noté d'infamie ou trop pauvre pour payer une amende (ULP., *h. t.*, 35). La peine variait suivant les personnes : les *humiliores* étaient condamnés à la bastonnade ; les *honestiores*, à un exil temporaire ; les esclaves étaient flagellés, et, si l'injure était atroce, condamnés aux mines (HERMOG., *loc. cit.*). — Sous l'Empire, les injures qui étaient autrefois justiciables du tribunal domestique, celles des enfants envers leurs parents, des affranchis envers leurs patrons, sont déférées au préfet de la ville à Rome, aux gouverneurs dans les provinces (ULP., *D.*, XXXVII, 15, 1, 2 ; L, 16, 9, 3 ; VALER., *C.*, VIII, 47, 4).

(9) *Inst.*, IV, 4, 10.

(10) Au début de l'Empire, Sabinus proposa d'étendre la notion de vol aux fonds de terre ; cette opinion n'a pas prévalu (GAIUS, *D.*, XLI, 3, 38). Sur le rôle de Labéon et de Sabinus dans la formation de la théorie du *furtum*, cf. HUVELIN, *Études sur le* furtum *dans le très ancien droit romain*, 1915, I, 609, 667, 762, 777.

(11) GAIUS, III, 195 : *cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet.*

traction (1) directement opérée au préjudice du propriétaire (2), mais ce n'est pas essentiel : il y a vol lorsqu'on appréhende une chose perdue, un esclave ou un animal fugitif (3). Il n'y a pas non plus à distinguer entre la soustraction clandestine et celle qui a lieu par violence (4). — L'acte doit être contraire au droit : celui qui reprend sa chose mancipée fiduciairement ne commet pas un vol (p. 443). — L'acte doit s'appliquer à la chose d'autrui : la propriété quiritaire n'est pas exigée; la propriété de fait suffit. On considère également comme appartenant à autrui les fils de famille, les femmes *in manu* aussi bien que les esclaves. Mais on ne commet pas de vol quand on s'empare d'un objet sans maître *(res nullius)* (5).

A l'époque classique, la notion du *furtum* est plus large que dans l'ancien droit. Elle comprend le *furtum rei*, le *furtum usus* et le *furtum possessionis*.

Le *furtum rei* est l'appréhension frauduleuse de la chose d'autrui (6). La fraude consiste à agir sans droit (7), contre le gré du propriétaire et à son préjudice. Le voleur a en général l'intention de réaliser un gain *(lucrum facere)* (8), mais il n'est pas nécessaire que ce soit d'une manière durable (9) : celui qui s'empare d'une chose pour en faire cadeau à autrui est un voleur (10). Il n'est pas nécessaire non plus que l'on tire un profit direct de l'objet volé (vol d'un titre de créance, des tablettes d'un testament) (11).

La notion du *furtum rei* est d'ailleurs plus large que celle du vol en droit moderne : elle comprend non seulement la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, mais aussi l'abus de confiance commis par un commodataire, dépositaire, locataire et certains cas d'escroquerie, par exemple lorsqu'une personne se présente comme héritière du

(1) Anciennement il n'y avait pas vol lorsqu'on s'appropriait contre le gré du propriétaire la chose qu'on avait reçue en garde : c'est pour cela qu'on a créé l'action *oneris aversi* contre le batelier qui détourne les objets chargés sur son navire. Au temps d'Auguste, Alfenus (*D.*, XIX, 2, 31) dit que cette action n'a plus de raison d'être; elle fait double emploi avec l'action *furti* ou avec l'action *locati*. Cf. HUVELIN, I, 511.

(2) *Subripere* (GELL., XVII, 7, 1; *CIL.*, I, 603, l.14; CAT., *R. r.*, 144, 2; 145, 2). *Auferre* (NON., 452, 24); *tollere*, *amovere*. (CINC., ap. GELL., XVI, 4, 2.)

(3) *Invenire* est opposé à *tollere* : CINC., *eod.* (fait relatif à l'an 564); GELL., XI, 8.

(4) GELL., XI, 18, 9; GAIUS, III, 209. Voir cep. KARLOWA, II, 786.

(5) GAIUS, II, 9; III, 199; 201; JUL., *D.*, IX, 4, 40.

(6) *Adtrectare (Sab.*, ap. GELL., XI, 18, 20). *Contrectare* (GAIUS, III, 195). CELS., *h. t.*, 67 pr.: *Possessionem apisci intervertendi causa.* L'appréhension peut n'être que momentanée : tel est le cas où un acheteur persuade à mon esclave de rayer son nom sur un acte de vente (ULP., *h. t.*, 57, 23.) Mais il n'y a pas vol lorsque *nullum corpus intervenit, quod furandi animo contrectaretur* (POMP., 75).

(7) Celui qui procède à une *pignoris capio* ne commet pas un vol. ULP. *h. t.*, 55; XLVII, 14, 13, 4. Au VIe siècle, le dol est un élément du *furtum*. Dans la formule du serment qu'on fait prêter aux soldats, on lit : *furtum non facies dolo malo.* (CINC. ap. GELL., XVI, 4, 2.) Les *Veteres* appliquaient l'action *furti* à la répression du dol, à l'époque où l'action de dol n'existait pas encore : *h. t.*, 67, 2.

(8) SAB., *loc. cit.* Commet un vol celui qui, en se servant de faux poids, se fait livrer plus de marchandises qu'il n'en a achetées. MELA, *h. t.*, 57, 22.

(9) Il n'y a pas de vol si l'on s'empare d'un objet pour le jeter dans la mer. (POMP., ap. ULP., *D.*, XIX, 5, 14, 2).

(10) PAUL, *h. t.*, 1, 3; GAIUS, 55, 1.

(11) LAB., ap., ULP., *h. t.*, 31, 1; 27 pr., 2, 3; POMP., *D.*, IX, 2, 41, 1.

créancier pour se faire payer ce qui ne lui est pas dû (1). On considère comme un *furtum* l'acceptation consciente d'un payement indû.

Le *furtum usus* consiste à se servir de la chose d'autrui contrairement à la volonté du propriétaire : tel serait le cas du commodataire qui conduirait le cheval prêté sur une autre route que celle dont on était convenu, ou qui lui ferait faire une plus longue course. L'action *furti* fut ici donnée dès le commencement du VIIe siècle (2).

La notion du *furtum possessionis* (3) procède d'une idée différente : ce n'est plus le propriétaire que l'on entend protéger, mais toute personne ayant intérêt à conserver la possession comme un créancier gagiste, un possesseur de bonne foi, un *juris possessor* (usufruitier, usager) (4). On les protège contre le propriétaire lui-même (5).

§ 2. **Sanction.** — 1. Ancien droit. — D'après les Douze Tables, la peine du vol varie suivant que le vol est ou non manifeste; elle atteint les complices et les receleurs.

a) Il y a vol manifeste lorsque le voleur est pris sur le fait (6). Le voleur encourt une peine capitale, quelle que soit la valeur de l'objet volé (7) : il est battu de verges (8) et attribué *(addictus)* à la victime du délit (9). Le propriétaire seul (10) a qualité pour exercer l'action en justice *(furti manifesti)*. Le voleur peut être tué impunément quand le vol a été commis de nuit, ou de jour à main armée (11).

(1) P. 513, 3. La tentative de vol est assimilée par Justinien au délit consommé, lorsqu'elle est jointe au délit de corruption de l'esclave d'autrui *Inst.* IV, 1, 8.

(2) Pomp., *D.*, XII, 4, 15. Brut., Q. Muc., ap. Gell., VI, 15. V. Max. VIII, 2, 4.

(3) Scæv., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 4, 1, 15.

(4) Paul, *h. t.*, 11 : *si honesta causa interest.* L'idée d'accorder l'action *furti* à un autre qu'au propriétaire apparaît dans Servius, mais l'application qu'il en fit à un voleur volé eut peu de succès (Pomp., *h. t.*, 76, 1) : Labéon l'appliqua au créancier gagiste (Pomp., *D.*, XIII, 7, 3; Sab., *eod.*, 36 pr.; Paul, *D.*, XLI, 3, 4, 21; Ulp., *h. t.*, 12, 2), Javolenus au possesseur de bonne foi (*h. t.*, 74; Gaius, III, 200), Julien à l'usufruitier (p. 277, 4), Ulpien à l'usager (*h. t.*, 46, 3), Paul (III, 205, 206), Gaius (*h. t.*, 82, 1), au locataire et au commodataire lorsqu'ils sont solvables.

(5) Paul, II, 31, 36. Théophile (*ad* IV, 1, 1) entend autrement le *furtum possessionis* : ce serait le cas d'une interversion de possession par un créancier gagiste ou un dépositaire. Cette conception paraît confirmée par Cels., *h. t.*, 67 pr.; Sab., ap. Gell., XI, 18; elle remonte sans doute à l'époque où l'on distingua la possession de son objet; quelques jurisconsultes traitèrent comme un *furtum possessionis* certains cas de *furtum rei*, mais cette distinction ne se retrouve pas dans les autres textes (Proc., *D.*, XVII, 1, 22, 7; Jul., *h. t.*, 52, 16; Diocl., *C.*, VI, 2, 12). Cf. Ferrini, *Archiv. giur.*, XLVII, 432.

(6) Telle est la notion antique : *Deprehensione fieri manifestum furtum.* (Ulp., *h. t.*, 7, 1.) Plus tard, cette notion devint moins étroite. Gaius, III, 184, signale des divergences, mais dans l'opinion la plus répandue de son temps, il suffit que le voleur soit surpris dans l'endroit (maison, vigne, olivette) et dans la journée où le vol vient d'être commis (*h. t.*, 3, 1; 1; cf. Huvelin, I, 661; de Visscher, *RH.*, 1922, p. 442).

(7) La loi de Solon fait une distinction suivant que l'objet volé vaut plus ou moins de 50 drachmes.

(8) Gaius, III, 189. Certains auteurs pensent que la *manus injectio* était admise de plein droit contre le voleur manifeste, mais il n'y en a pas de preuve directe. (Bekker, *Aktionen*, I, 37.) La principale raison qu'on en donne, c'est qu'il n'est guère croyable que ce voleur ait été mieux traité que l'emprunteur.

(9) À titre d'esclave, dit Gell., XX, 1, 7; plus tard, et sans doute après la loi Poetelia, à titre de prisonnier pour dettes.

(10) Gell., XVI, 4, 1. Voir cep. *Inst.* IV, 10 pr.

(11) Gaius, *D.*, IX, 2, 4, 1; Cic., *p. Tull.*, 47; Gell., II, 18, 7. À l'époque classique l'exercice de ce droit a été restreint au cas de *legitime defense*. Les Douze Tables exigent seulement une *ploratio* : les clameurs de la victime ont pour but de constater le flagrant délit. (Cic., *p. Tull.*, 50; Gaius, *loc. cit.*)

b) Le vol non manifeste est moins sévèrement puni (1) : le voleur est condamné au double de la valeur de l'objet (2). La disproportion dans la peine infligée tient à ce que la peine pécuniaire, substituée à la vengeance privée, se mesure, non pas à la culpabilité du délinquant, mais au ressentiment de la victime (3) ; or, pour un délit non flagrant, la colère a eu le temps de se calmer.

c) Le complice est puni comme un voleur non manifeste. Les éléments constitutifs de la complicité sont caractérisés par les mots *ope consilio* (4). Il faut d'abord l'assistance matérielle prêtée à l'auteur du délit (5). Cette assistance ne fait pas du complice un coauteur, car il n'appréhende pas la chose et n'entend pas se l'approprier. Il faut ensuite la volonté de s'associer au vol (6). Les classiques ont précisé la notion du *consilium :* c'est la provocation, l'encouragement à commettre le vol, les renseignements fournis, les instructions données pour faciliter l'accomplissement du vol (7).

d) Le recel n'est pas par lui-même un délit : la simple détention de l'objet volé n'est pas punie par la loi. L'essentiel est la saisie de l'objet volé *(furtum conceptum)* (8) faite devant témoins au cours d'une visite domiciliaire chez le recéleur (9) ; encore faut-il que celui-ci n'ait pas déclaré, avant toute perquisition, que l'objet est dans sa maison ; on présume dans ce cas qu'il ignore être dépositaire d'une chose volée. A défaut de cette déclaration, le receleur ne peut exciper de sa bonne foi ; il n'est pas admis à prétendre que l'objet a été introduit et caché dans sa maison à son insu : il est en faute d'ignorer ce qui se passe chez lui. A une époque où il n'y avait pas de police municipale, tout chef de famille avait le devoir de faire la police de sa maison. — La peine encourue par le receleur varie suivant les cas : elle est du double s'il a fait une fausse déclaration (10) ; elle est du triple si la déclaration a été reconnue inexacte au cours d'une visite domiciliaire à laquelle il

(1) GAIUS, III, 190. La distinction du vol manifeste et non manifeste se retrouve dans les lois anglo-saxonnes, dans la loi salique et dans celle des Ripuaires. Cf. DARESTE, *Etudes,* I, 299.

(2) La peine du double a été empruntée aux lois de Solon. GELL., XI, 18, 5. Elle était appliquée à Babylone dans les cas les moins graves. (HAMMOURABI, 126.) Dans les autres cas, la loi édicte la peine de mort (§§ 6, 9) ou une peine pécuniaire égale à 10 ou 30 fois la valeur de la chose (§ 8). Le voleur, qui n'a pas de quoi payer, est puni de mort.

(3) C'est ce que n'a pas aperçu Montesquieu (*Esprit des lois,* XXIX, 13).

(4) Cicéron (*De nat. deor.*, III, 36) a conservé la formule de l'action de la loi : *Ope consilio*[*que*] *tuo furtum aio factum esse.* On a contesté qu'il y ait eu une action spéciale contre les complices; la formule rapportée par Gaius (IV, 37) s'applique, dit-on, au vol non manifeste. Mais le manuscrit contient une lacune évidente : il est difficile de croire que le simple conseil ait jamais suffi pour réaliser un vol, car Gaius (III, 202) distingue celui *cujus ope consilio furtum factum est* et celui qui a commis le vol. Cf. VOIGT, *XII Taf.* II, 578 ; LENEL, II, 46. *Contra,* HUVELIN, 387.

(5) ULP., *h. t.,* 50, 3 ; 54, 4 ; *Collat.,* XIV, 3, 4.

(6) Telle est l'opinion qui a prévalu parmi les *Veteres.* (PAUL, *D.,* L, 16, 53, 2.)

(7) ULP,, *h. t.,* 50, 2-3 ; PAUL, *loc. cit.* L'impubère *doli capax* peut être puni comme voleur ou complice. ULP., *h. t.,* 23. Cf. APPLETON, *N. R. H.*, 1916, XXXIX, 7.

(8) GAIUS, III, 186. *Furtum* désigne ici l'objet volé; *conceptum* indique l'appréhension de la chose avec le concours de plusieurs personnes. Cf. HUVELIN, 44.

(9) Chez les Grecs, à l'époque antique, on suivait le voleur à la piste avec des limiers, jusqu'à ce qu'on arrivât à son domicile ou à celui du receleur. ARISTOPHAN., *Ranæ,* 1343-1356 ; SOPHOCLE, *Ichneutæ* (*P. Oxy.*, IX, 1174). Cf. PLAUT., *Men.,* 562.

(10) On le punit comme un voleur non manifeste. PLAUT., *Pœn.,* 53 ; V, 6, 14.

s'est prêté de bonne grâce (1). Mais s'il s'oppose à la perquisition, s'il exige qu'elle soit faite solennellement *lance et licio* (2), il est traité comme un voleur manifeste : il encourt une peine capitale (3). L'action au triple, qui est la plus ordinaire, porte le nom d'action *furti concepti*. — Le receleur condamné a un recours contre celui qui a déposé l'objet dans sa maison, sachant que c'était un objet volé : on lui accorde une action au triple *furti oblati* (4). Dans ce cas comme dans le précédent, l'action *furti* est donnée contre une personne qui n'a pas pris part à l'accomplissement du vol.

L'action *furti*, dans ses diverses applications, diffère sur un point essentiel de l'action d'injures : au lieu d'être fixe, le quantum de la peine pécuniaire varie suivant la valeur de la chose volée, et s'élève au double ou au triple de cette valeur. L'évaluation de la chose peut être faite d'un commun accord entre les parties, ou par un arbitre choisi par elles. Cet accord ou pacte peut intervenir en tout état de cause et met fin au procès (5). A défaut de pacte, le juge fixe le montant de la dette née à la charge du délinquant (6) ; il ne tient compte que de la valeur vénale de la chose (7), sans s'occuper de l'intérêt de la victime. Il n'existe pas encore d'action en réparation du préjudice : à l'époque antique les idées de peine et de réparation sont confondues.

2. Droit classique. — Les règles édictées par les Douze Tables ont été modifiées par le Préteur.

La sanction a paru trop rigoureuse pour le vol manifeste, insuffisante pour le vol avec violence. L'édit du Préteur a, sous ces deux rapports, amendé le droit civil : en cas de vol manifeste, il a substitué à la peine capitale une peine pécuniaire du quadruple (8). Quant au vol commis

(1) Gaius, III, 191. Suivant Hitzig (*Sav. Z.*, 23, 330 ; Huvelin, 53), la perquisition non solennelle, ainsi que les actions *furti concepti* et *oblati*, sont postérieures aux Douze Tables : ce serait une atténuation à la rigueur du droit.

(2) Détails dans Gaius, III, 192, 193. P. Diac., v° *Lance et licio*. On retrouve la même forme de perquisition chez les Grecs (Aristoph., *Nub.*, 497 ; Plat., *De leg.*, XII, 7) et les Germains (Grimm, *Rechtsalt.*, 640 ; *Z. Rw.*, II, 91), dans les lois anglo-saxonnes, la loi Salique et dans les lois des Ripuaires, des Burgondes et des Bavarois. (Dareste, *Études*, I, 300.) Rien de pareil dans les lois de Hammourabi, § 9.

(3) Il y a un doute sur l'assimilation établie entre des deux cas. D'après Gaius (III, 192), le receleur chez qui l'objet a été trouvé à la suite d'une perquisition solennelle s'expose *majori pœnæ* : s'agit-il d'une peine plus forte ou d'une peine majeure, c'est-à-dire capitale ?

(4) Gaius, III, 187.

(5) Ulp., *D.*, II, 14, 7, 14 : *de furto pacisci lex permittit*. Diocl., *C.*, VI, 2, 13.

(6) L'expression technique est *pro fure damnum decidere* dans l'action dirigée contre le complice et dans l'action noxale de vol. Il devait en être de même dans les autres cas. *Pro fure* signifie « comme voleur » et non à la place du voleur. Pernice, *Z. Rg.* XXII, 236, 2. A l'époque classique, la formule de l'action *furti nec manifesti* contient dans sa *demonstratio* une *taxatio* caractérisée par le mot *pluris*. Le demandeur évaluait le montant de sa prétention en ajoutant « ou davantage » pour éviter une *demonstratio falsa*. Ulp., *D.*, L, 16, 192 ; Jav., *D.*, XII, 3, 9. Cf. Lenel, II, 51.

(7) Ulp., *h. t.*, 50 pr. Plaut., *Curc.*, V, 2, 20.

(8) Cette innovation est antérieure à Quintilien (VII, 6 : *Fur quadruplum solvat* ; cf. VII, 4, 44) et peut-être à Caton (ap. Gell., XI, 18 : *Fures... privatorum furtorum in nervo atque in compedibus ætatem agunt*). Ces mots désignent sans doute l'exécution sur la personne contre le voleur insolvable. L'innovation a dû, tout au moins, suivre de près la règle admise pour le vol avec violence : si l'on se contentait dans ce dernier cas de la peine du quadruple, il était difficile d'appliquer

avec violence (1), il en a fait un délit spécial en créant l'action pénale (2) *vi bonorum raptorum* qui est donnée au quadruple dans l'année et, après l'année, au simple, et qui entraîne l'infamie (3). Si le délit a été commis par une bande d'esclaves, le maître est passible d'une action noxale (4).

Le Préteur a aussi modifié la peine encourue par le receleur : à la peine capitale encourue par celui qui s'est opposé à la perquisition, il a substitué une action au quadruple *furti prohibiti* (5). Il a également créé une action *furti non exhibiti* contre celui chez qui la chose volée a été trouvée à la suite d'une perquisition (6). Cette perquisition n'a pas lieu dans la forme antique qui est tombée de bonne heure en désuétude (7).

Le Préteur a également atténué la rigueur du droit civil dans le cas où un vol simple a été commis par une *familia* d'esclaves. Le maître n'est pas obligé de payer la peine encourue par chacun d'eux ou de faire l'abandon noxal de tous : il se libère en payant une somme égale à celle qui serait due si le vol avait été commis par un seul homme libre. S'il ne peut payer, l'abandon noxal doit être limité au nombre d'esclaves nécessaire pour acquitter sa dette (8).

Indépendamment de l'action pénale, la victime du vol peut, comme tout propriétaire dépossédé, exercer l'action *ad exhibendum* et la revendication pour recouvrer sa chose. Elle peut même, si elle le préfère, exercer une action *rei persecutoria* (9) créée en haine des voleurs, la

au voleur manifeste une peine capitale. Karlowa (II, 1329) fait remonter l'innovation au temps de Plaute. *Contra :* Voigt, I, 712. Huvelin, I, 658.

(1) On attribue généralement la création de l'action *vi bonorum raptorum* à M. Lucullus Licinianus qui fut préteur pérégrin en 678 (Ascon., *in tog. cand.*, p. 75; cf. Werhmann, *Fasti prætorii*, 36. Sur la question de savoir à quel titre Lucullus a introduit dans son édit une action qui intéressait surtout la *provincia urbana*, et qui, quatre ans plus tard, lors du plaidoyer de Cicéron *pro Tullio*, figurait dans l'édit du préteur urbain, cf. Voigt, I, 721, 18). Ulpien rapporte en effet le texte d'un édit visant à la fois le dommage et le vol avec violence (*D.*, XLVII, 8, 2 pr.) Mais Cicéron attribue à Lucullus la création de la seule action *de damno quod vi per servos datum est.* Il vise le délit de la loi Aquilia commis avec des circonstances aggravantes. Une seule fois, en énumérant les actes de violence commis par les bandes d'esclaves, Cicéron parle de *rapinæ* (*l. c.*, 11) : en dévastant les propriétés, les esclaves s'emparaient de ce qui était à leur convenance. Puis le texte d'Ulpien contient des incorrections qui le rendent suspect : triple répétition de *dicetur*; au § 12 : *ex coactis... dammum datum.* De même (4, 6) : *de damno loquitur... quod raptum.* Il est donc vraisemblable que Lucullus s'est occupé uniquement du délit dont parle Cicéron, et qu'un préteur subséquent en a élargi la portée, en visant le délit commis isolément ou collectivement par des hommes libres ou par des esclaves, et en distinguant l'action *damni hominibus coactis dati* et l'action *vi bonorum raptorum* (Cf. Cohn, *Röm. Vereinsrecht*, 187; Voigt, I, 723). Lenel (II, 127) tient pour certain qu'il y eut deux actions distinctes. Sur les altérations subies par le texte primitif de l'Edit, Karlowa, II, 1340.

(2) Gaius, IV, 8 : *Secundum quorumdam opinionem.* Justinien la range parmi les actions mixtes.

(3) Paul, *D.*, XLVII, 8, 1; Valer. Gall., *C.*, IX, 33, 2; Gaius, IV, 182.

(4) Ulp., *D.*, XLVII, 8, 2, 16.

(5) Gaius, III, 192.

(6) Cette action n'est citée que dans *Inst.*, IV, 1, 4, et dans Theoph., *adh. l.*

(7) Gell., XVI, 10.

(8) Ulp., *D.*, XLVII, 6, 1 pr.; Paul, *D*, IX, 4, 31.

(9) Ulp., *D.*, XIII, 1, 7, 2. La *condictio furtiva* se donne contre les héritiers, contre le chef de famille *de peculio* (Lab., ap. Ulp., *D.*, XV, 1, 3, 12), mais non contre l'esclave affranchi (Cels., *D.*, XIII, 1, 15). S'il y a plusieurs voleurs, le payement fait par l'un libère les autres.

condictio furtiva (1) : c'est une action en réparation du préjudice. La revendication n'a pas ce caractère : elle est impossible quand la chose a péri, elle se donne même contre les tiers détenteurs qui n'ont pas pris part au vol. Il y avait donc ici une lacune dans la loi. La jurisprudence l'a comblée en appliquant la règle qui oblige à rendre la valeur de toute chose dont on s'est enrichi injustement aux dépens d'autrui. La *condictio ex furtiva causa* (2) a l'avantage de faire obtenir la plus haute valeur de la chose depuis le vol. Les risques sont à la charge du voleur, comme s'il était en demeure (3).

En cas de *furtum usus,* la victime peut aussi exercer l'action contractuelle pour demander compte de l'inobservation des clauses du contrat.

Les règles qui précèdent sur la peine du vol ont perdu sous l'Empire une partie de leur caractère pratique. L'action civile s'imposait bien encore pour certaines affaires (4), mais pour les autres, on préférait agir au criminel, à moins que le voleur ne fût solvable (5). A l'époque de Justinien, les actions *furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti*, étaient tombées en désuétude (6).

III. Le dommage causé *injuria.*

D'après l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Il n'existe pas en droit romain de formule aussi simple et aussi générale pour assurer la réparation des dommages injustement causés à autrui.

Il n'y eut d'abord qu'un petit nombre de cas prévus par les Douze Tables, puis par la loi Aquilia. Le droit classique est arrivé, soit par des extensions successives de la loi Aquilia, soit par application de

(1) *Inst.*, IV, 1, 4. Cette action était connue des *Veteres* (Tryph., *D.*, XIII, 1, 20). Elle présente deux particularités qui prouvent son ancienneté : elle tend à transférer la propriété (*dare oportere*), bien que la victime n'ait pas cessé d'être propriétaire ; c'est une *condictio certae rei*, et cependant elle se donne même si la chose a péri par cas fortuit (Gaius, II, 79.) Le mot *dare* n'avait pas vraisemblablement le sens précis qu'il a reçu plus tard : Pomp., *D.*, XII, 4, 15, signale une divergence entre Labéon et Proculus. Sur la portée primitive de cette *condictio*, cf. Huvelin, 346.

(2) Cette action a été admise (*recepta*, Gaius, IV, 4) à une époque où la loi ne protégeait que le propriétaire de l'objet volé : lui seul, dit Ulpien (*eod.*, 1), peut intenter la *condictio furtiva*; il perd ce droit, si, par son fait, il cesse d'être propriétaire (Ulp., *D.*, XIII, 1, 10, 2; 12, 1). Ariston proposa d'accorder la *condictio* au créancier gagiste (*ibid.*, 12, 2), mais il ne paraît pas qu'on l'ait étendue à d'autres cas de *furtum possessionis*. Lorsque le Préteur eut distingué le vol simple du vol avec violence, la peine du quadruple parut suffisante pour punir le voleur et réparer le préjudice. Sabinus le premier semble avoir admis la *condictio* à côté de l'action *bonorum vi raptorum* (*D.*, XIII, 3, 2; XIII, 1, 10, 1; Gaius, IV, 8).

(3) Ulp., *D.*, XIII, 1, 8, 1 : *Semper enim moram fur facere videtur.* Cf. Huvelin, 393.

(4) Vol en plein jour : Ulp., *Coll.*, VII, 4, 1; Marc., *D.*, XLVII, 17, 2. Vol de troupeaux, mais non abigeat : Saturn., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 14, 1, 4.

(5) Pour les vols domestiques commis par un esclave, un affranchi, un client ou un mercenaire, on n'admet ni action *furti*, ni poursuite criminelle (Paul, *h. t.*, 90; Marc., *D.*, XLVIII, 19, 11, 1). On a recours à une *coercitio extraordinaria* (Ulp., *eod.*, 1, 3; *D.*, II, 1, 7, 3). Lorsque Auguste eut confié au préfet de la ville le pouvoir de punir les criminels *extra ordinem*, la poursuite criminelle du vol devint d'un usage courant. La répression fut assurée par voie administrative et de police avant de revêtir un caractère légal, avec le développement du pouvoir législatif des empereurs (Ulp., *h. t.*, 93; Jul., 57, 1).

(6) *Inst.*, IV, 1, 4.

l'action de dol, à atteindre tous les dommages qui impliquent la destruction ou la détérioration d'une chose et ceux qui ont été causés par dol (1). Il n'y a qu'une catégorie de dommages qui n'aient pas été réprimés, du moins d'une manière générale : ceux qui résultent d'une simple faute, bien entendu en dehors des rapports contractuels. L'article 1382 est donc le résultat d'un long développement du droit : en voici les phases principales.

§ 1er. **Loi des Douze Tables et loi Aquilia.** — L'attention du législateur antique s'est portée, comme il arrive d'ordinaire, sur des cas particuliers Les Douze Tables en ont prévu plusieurs : l'incendie par imprudence d'une maison ou d'une meule de blé placée près d'une maison (2); la détérioration d'une chose appartenant à autrui; le fait de couper l'arbre d'autrui (3); les dégâts causés par un animal que son maître a fait paître dans le champ du voisin au temps de la moisson (4). Dans ces divers cas, la loi prescrit soit de réparer le préjudice causé (5), soit de payer une peine fixe (6).

Un plébiscite proposé par le tribun Aquilius a réglementé à nouveau les torts consistant à détruire ou à détériorer la chose d'autrui (7). Envisagée dans sa teneur primitive, la loi Aquilia punit d'une part les

(1) Par exception, l'édit *de aleatoribus* refuse toute action soit à celui qui tient une maison de jeu lorsqu'il est victime d'un délit (blessures, vol, dommage) commis par un joueur, soit pour les engagements contractés par les joueurs. Il permet de répéter les sommes perdues au jeu (Ulp., *D.*, XI, 5, 1 pr.; Paul, *eod*, 4, 2; XLIV, 5, 2, 1). Cet édit a remplacé la *lex alearia* (Plaut., *Mil. glor.*, II, 2, 9) qui punissait les joueurs (Ps. Asc., in *Divin*, 24). Cf. p. 533, 8.

(2) Gaius, *D*, XLVII, 9, 9; Paul, V, 20, 3; *Collat*, XII, 6, 1. D'après Gaius, le magistrat aurait le droit de substituer à la réparation pécuniaire une peine corporelle légère, si l'auteur de l'incendie est hors d'état d'indemniser la victime. C'est vraisemblablement une atténuation introduite par les empereurs. Cf. Maschke, 33. L'incendie volontaire est sévèrement puni : le coupable est battu de verges et brûlé.

(3) Plin., *H. n.*, XIV, 1, 9; Virg., *Ecl.*, V, 30; Paul, *D.*, XLVII, 7, 1.

(4) L'action *de pastu* suppose un fait du maître. Arist. ap. Ulp., *D.*, XIX, 5, 14, 3 : *immisso pecore*. Fest., v° *Impescere*. Loi agraire de 643 (*C. I. L.*, I, 200), l. 26 : *(pecus) pastum impulsum itineris causa*. Cf. Cic., *De or.*, II, 70. Si l'animal a été paître dans le champ d'autrui sans le fait du maître, celui-ci n'était pas à l'origine passible de la peine édictée par la loi. Dans la suite, il fut tenu de l'action noxale *de pauperie* lorsque l'animal était un quadrupède (Paul, I, 15, 1), sinon, on appliquait l'action *de pastu* au maître coupable de négligence. Colum., I, 3, 7. Certains auteurs, confondant l'action *de pastu* et l'action *de pauperie*, ont soutenu que la première était noxale (Lenel, II, 226, Girard, 397, 1). Ils oublient que l'action *de pauperie* s'applique aux quadrupèdes, tandis que l'action *de pastu* s'applique aux *pecudes* en général; que dans l'une, le coupable est l'animal et dans l'autre, le maître. La distinction des deux cas a subsisté sous l'Empire mais la peine du délit a été modifiée dans certaines provinces. D'après un rescrit de l'an 186 cité dans une inscription d'Hr Snobbeur, en Tunisie (*CIL.*, VIII, 23956), l'esclave qui a fait paître des brebis sur le champ d'autrui contre le gré du propriétaire et à l'insu de son maître, sera sévèrement puni par le gouverneur de la province; s'il a agi sur l'ordre de son maître, celui-ci devra payer une amende égale à la valeur de l'esclave augmentée de 500 deniers. Sous Dioclétien (*C.*, III, 35, 6), au lieu de l'action *de pastu*, on peut exercer l'action utile de la loi Aquilia. Cf. Fliniaux, *MC.*, I, 241.

(5) Cf. note 2, pour l'action *ædium incensarum*.

(6) L'action *de arboribus succisis* (Gaius, IV, 11; Paul, *D*, XII, 2, 28, 6) entraîne une peine de 25 as comme l'action d'injures. Plin., *H. n.*, XVII, 1, 7. On ignore quel fut à l'origine le montant de la peine dans l'action *de pastu*.

(7) Ulpien dit qu'il a dérogé à toutes les lois antérieures : c'est une exagération. Divers textes prouvent le maintien des actions *ædium incensarum* (Gaius, note 2), *de pastu* (Pomp., *D.*, IX, 2, 39, 1), *de arboribus succisis* (Paul, note 6).

dommages causés à l'État (1), d'autre part cinq espèces de torts commis envers des particuliers : meurtre de l'esclave d'autrui ou d'un quadrupède de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux ; incendie (en dehors des deux cas prévus par les Douze Tables et sur lesquels il ne fut pas innové) (2); destruction de la chose d'autrui; détérioration d'une chose quelconque appartenant à autrui (3), y compris les esclaves et les quadrupèdes; acceptilation consentie par un stipulant accessoire au préjudice du stipulant principal (4). Tous ces délits sont répartis en trois chapitres : le premier vise uniquement le meurtre d'un esclave ou d'un quadrupède *(pecudum numero)*; le second, l'acceptilation frauduleuse; le troisième, tous les autres cas.

Quel que soit le tort commis, le contrevenant est obligé *(damnas)* de payer la valeur de la chose détruite ou détériorée, ou le montant de la créance dont il a fait remise. Cette obligation était vraisemblablement sanctionnée par une *manus injectio*. L'action de la loi Aquilia présente en effet, à l'époque classique, un trait commun à d'autres actions qui donnaient lieu anciennement à cette procédure : le défendeur, qui nie le fait qu'on lui impute, encourt la peine du double.

La loi Aquilia a modifié à plusieurs points de vue le droit antérieur. Elle ne s'est pas contentée de mieux déterminer les torts dont la réparation est obligatoire; elle a introduit trois innovations qui révèlent un changement dans les idées juridiques des Romains : la loi substitue aux peines fixes, édictées par certaines lois antérieures, la réparation pécuniaire du dommage causé; la loi prescrit de réparer le dommage causé au titulaire d'un droit de créance : elle assimile l'acceptilation frauduleuse à la destruction d'une chose corporelle; la *manus injectio* est admise pour une créance tendant à une prestation indéterminée (5).

Ces innovations s'expliquent en partie par les circonstances dans lesquelles fut rendue la loi Aquilia : elle fut votée à l'occasion d'une des sécessions de la plèbe (6). On admet généralement qu'il s'agit de la troisième, celle qui eut lieu sur le Janicule, en 467. La loi Aquilia serait l'un des premiers plébiscites rendus depuis que la loi Hortensia avait attribué force de loi aux décisions de la plèbe. Cette manière de

(1) Cic., *Brut.*, 34 : *Accusator de plebe... multam lege Aquilia... petivit.*

(2) On a brûlé une villa (*D.*, IX, 2, 27 § 7, 9, 11), une *insula* (*Ibid.*, 27, 8), un mur mitoyen (27, 10), les meubles d'un locataire (27, 8), un esclave, du bétail, un arbuste, des abeilles (27, §§ 6, 7, 12), la moisson d'autrui (30, 3).

(3) Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 5 : *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria.* Cf. 27, 11 : *Rupisse verbum fere omnes Veteres sic intellexerunt : corruperit.* Les Douze Tables contenaient une disposition analogue. Fest., v° *Rupitias* : *Rupitias XII significat, damnum dederit.* Mommsen lit : *Rupit ia.* La correction est inutile, car le sens est le même. *Rupitias* est l'accusatif de *rupitiae*. *Rupitias ire* est la forme antique de *rumpere*, comme *infitias ire* pour *infitiari*, *exsequias ire*, *suppetias ire* pour *exsequi*, *suppetiari* (Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 135.) Mais le dommage prévu par les Douze Tables n'est pas la rupture d'un membre, comme le pensaient Mommsen (*Str.*, 3, 148, 1) et Girard (420, 2; 431, 5) : c'est toute lésion causée à un membre, sauf la fracture d'un os (Appleton, *MC.*, I, 61).

(4) Gaius, III, 216; IV, 9 *in fine*. Cf. p. 634.

(5) L'effet de la *manus injectio* était forcément modifié : le créancier ne pouvait emmener le débiteur avant d'avoir fait estimer le montant du préjudice causé. Cf. Karlowa, II, 803.

(6) Ad *Inst.*, IV, 3, 15; *Basilic.*, LX, 3, 1 (t. V, 263). Cf. Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen*, 15; Karlowa, II, 793.

voir est confirmée soit par les renseignements fournis par Cicéron sur l'état social de Rome au moment où la loi fut rendue (1), soit par le contenu de la loi (2). Tout dénote une époque antérieure aux guerres puniques. Le nouveau mode d'estimation établi par la loi s'explique par le désir de donner satisfaction aux réclamations des plébéiens (3). On voulut mettre fin à des contestations difficiles à juger : l'auteur du tort devait chercher à rabaisser la valeur vénale de la chose au moment du délit, et il n'était pas toujours facile de prouver que peu de temps avant, la chose n'avait pas été détériorée.

§ 2. **Notion du *damnum injuria datum*** (4). — Cette notion a été dégagée par la jurisprudence. Restreinte aux dommages prévus par la loi, elle est fort étroite :

a) Elle comprend uniquement les dommages consistant à détruire ou à détériorer la chose d'autrui. L'auteur du délit n'a pas, comme dans le *furtum*, l'intention d'en retirer un profit. *b)* Le dommage doit résulter d'un fait actif imputable à faute (5) et non d'une simple négligence (6). *c)* Le dommage doit être causé *corpore corpori*. Il doit être le résultat immédiat de l'acte accompli par l'auteur du délit : si j'excite un chien à mordre l'esclave d'autrui, le dommage n'est pas causé *corpore meo* (7). Il doit aussi être le résultat immédiat de l'atteinte portée à la chose d'autrui : si j'enferme un animal dans un lieu où il meurt de faim, le dommage n'est pas causé *corpori* (8). *d)* La loi Aquilia ne protège que le propriétaire de la chose.

§ 3. **Extensions dues à la jurisprudence.** — *a)* Quant aux personnes qui peuvent demander la réparation du dommage. Ce n'est plus le propriétaire seul, mais aussi le titulaire d'un droit réel (usufruitier, usager, créancier gagiste) ou un possesseur de bonne foi (9). Un simple créan-

(1) Les fortunes étaient médiocres, dit Cicéron (*p. Tull.*, 2); chaque maison ne comptait qu'un petit nombre d'esclaves; les désirs des citoyens étaient modestes.

(2) La loi protège spécialement les esclaves et les quadrupèdes qui paissent en troupeaux : on était donc encore au temps où l'élevage du bétail était l'une des occupations principales des Romains et une source importante de leurs revenus. C'est précisément dans la seconde moitié du v[e] siècle que les censeurs afferment de grandes étendues des territoires récemment conquis. SIC. FLACC., *de cond. agr.*, 137, 1. Cf. VARR., *R. r.*, II, 2, 9; 8, 5.

(3) *Inst.*, IV, 3, 15. Deux autres faits prouvent que la loi remonte à une époque assez ancienne : elle ne put d'abord être invoquée que par les citoyens romains (GAIUS, IV, 37); l'obligation imposée par la loi est caractérisée par l'expression *æs dare damnas esto* (*D.*, IX, 2, 2 pr.; 27, 5), d'où il suit que l'*æs (grave)* n'était pas encore hors d'usage, et que l'obligation impliquait toujours une *damnatio*.

(4) L'expression est dans Cicéron (*p. Rosc. com.*, 11; *Brut.*, 34; *p. Tull.*, 10).

(5) ULP., *h. t.*, 44 : *Etiam levissima culpa venit*; Q. MUC., ap. PAUL, *h. t.*, 31 : *Culpam autem esse quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum*. On est exempt de faute lorsqu'on a averti les tiers du danger qu'ils vont courir (*Cave* : CIC., *De or.*, II, 69, 279; *Cave canem* : *C. I. L.*, X, 877; VARR., ap. NON., 152, 32; PETR., *Sat.*, 29; *Fænum habet in cornu, longe fuge* : HOR., *Sat.*, I, 4, 34. Cf. PAUL, *h. t.*, 28, 1), ou si l'on a agi sur l'ordre du magistrat. JAV., *h. t.*, 37, 1. L'impubère, sorti de l'*infantia*, peut être tenu de cette faute. ULP., *D.*, XLVII, 2, 23.

(6) JUL., *D.*, VII, 1, 13, 2 : *Fructuarius... qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.*

(7) GAIUS, *h. t.*, III, 19; IV, 3, 16; JUL., *h. t.*, 51 pr.; ap. ULP., *h. t.*, 11, 5.

(8) NERVA, ap. ULP., *h. t.*, 9, 2.

(9) ULP., *h. t.*, 11, 6, 8 et 10; 17 pr.; PAUL, 12, 30, 1. Celsus (27, 14) accorde au colon une action *in factum*, s'il promet que le défendeur ne sera pas inquiété par le propriétaire du fonds (*cautio amplius non agi*). D'après Pampaloni (*Bull. dir. R.*, III, 281), ce texte est interpolé. Voir cep. DEBRAY, *N. R. H.*, XXXIII, 643.

cier ne pourrait agir en vertu de la loi Aquilia (1); mais on vient à son secours au moyen de l'action de dol (2). Les pérégrins eux-mêmes peuvent exercer l'action de la loi Aquilia à titre d'action fictice : le Préteur leur attribue fictivement la qualité de citoyens romains, par une clause insérée dans la formule.

b) Quant à la manière dont le dommage a été causé. Il n'est plus nécessaire qu'il ait eu lieu *corpore* : il suffit qu'il ait été causé *corpori* (3); tel serait le cas où l'on aurait donné à un esclave un poison à la place d'un médicament (4).

c) Quant à la nature de l'objet détruit ou détérioré. La loi Aquilia ne visait, dans le principe, que les objets mobiliers (5). Mais la jurisprudence l'a de bonne heure appliquée aux immeubles. Celui dont la propriété foncière avait été endommagée ou détruite (6) par un tiers put dès lors choisir entre l'action résultant des Douze Tables et l'action de la loi Aquilia (7).

La loi Aquilia supposait un dommage causé à une chose ayant une valeur vénale et susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété, comme un esclave. La jurisprudence en étendit l'application à toute blessure faite à un homme libre (8). On a ainsi protégé les ouvriers et

(1) Julien refuse l'action au commodataire (*h. t.*, 11, 9), Ulpien à l'acheteur, mais celui-ci peut demander au vendeur de lui céder son action (*D.*, XIX, 1, 13, 2).

(2) Paul, *D.*, IV, 3, 18, 5. Cf. en ce sens Ferrini, *Riv. ital.*, XII, 150.

(3) C'est une question discutée de savoir si l'on a toujours exigé une *rei corruptio*. Il y a quelques cas où l'on donne une action *in factum* de la loi Aquilia, sans qu'il y ait à vrai dire *rei corruptio* : une personne jette dans la mer un objet qui m'appartient, mélange du sable à mon blé de manière à rendre la séparation difficile (Gaius, III, 219; Ulp., *h. t.*, 27, 20; Paul, 30, 2; Lab., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 50, 4; Gaius, *eod.*, 51). Doit-on généraliser? Cela est douteux, car dans les cas précités le dommage est le même que si la chose avait été détruite ou détériorée. — Dans les autres cas on a prétendu qu'il y avait lieu à une action *in factum* ordinaire tendant à indemniser le demandeur du préjudice qu'il a subi au jour du délit et qui par suite n'offrait pas à la victime les avantages de l'action de la loi Aquilia. On a appuyé cette distinction sur *Inst.*, IV, 3, 16, où l'on oppose l'action *in factum* à l'action utile (Accarias, II, 513; Voigt, II, 964, 35; Karlowa, II, 1337). Mais ce texte qui est en contradiction avec les textes classiques ne saurait être pris à la lettre. Pomponius, (*D.*, XIX, 5, 11) appelle *in factum accommodatas legi Aquiliae* les actions données par le Préteur pour combler les lacunes de la loi. Gaius (III, 219) qualifie *utiles* ces mêmes actions. Le texte des Institutes contient donc une modification incorrecte du passage correspondant de Gaius. Cf. Lenel, I, 232.

(4) Proc., Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 3 et 6; Jul., *eod.*, 11, 5; Ulp., 29, 5.

(5) Si elle s'était occupée des immeubles, Ulpien n'aurait pu dire qu'elle a abrogé les lois antérieures, car les actions tendant à réprimer les torts causés à la propriété foncière, subsistent.

(6) Celui qui abat sans droit un arbre (Ulp., *D.*, XLVII, 7, 3) appartenant à autrui est passible, soit de l'action au double *arborum furtim caesarum* substituée par le Préteur à l'action *de arboribus succisis*, soit de l'action *legis Aquiliae*. On peut même intenter contre lui les deux actions successivement, mais on n'obtient par la seconde que ce qu'elle a de plus avantageux (Ulp., ap. Paul., *eod.*, 1). D'après Huvelin, 67, l'action donnée en vertu des Douze Tables n'est pas l'action *de arboribus succisis* qui suppose une *injuria* : c'est une action analogue à l'action *de segete furtim caesa* (Plin., *H. n.*, XVIII, 3, 12; Paul, II, 31, 24) qui suppose un *furtum*. Mais le mot *furtim* a ici un sens spécial : *furtim arborem cædit, qui clam cædit*. Paul, *D.*, XLVII, 7, 8, 1.

(7) L'incendie volontaire donne lieu, d'après les Douze Tables, à une peine criminelle. La loi Aquilia permet d'exiger la réparation pécuniaire du préjudice causé (*Collat.*, XII, 2, 7).

(8) Ulp., *h. t.*, 13 pr. L'action utile de la loi Aquilia a remplacé l'action d'injures en cas de *membrum ruptum* et d'*os fractum*.

même les apprentis (1) contre les accidents dont ils peuvent être victimes; ils ont droit à une indemnité. La jurisprudence a également appliqué la loi au cas où l'on a détruit, sans avoir l'intention d'en profiter, un acte instrumentaire (testament, *cautio*) pourvu qu'on n'ait pas d'autre moyen de preuve, sans quoi il n'y aurait pas dommage (2).

§ 4. **Sanction du *damnum injuria datum*.** — D'après la loi Aquilia, l'auteur du délit est obligé à payer une somme égale à la plus haute valeur que la chose détruite ou détériorée a eue dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé le délit. Cette somme se calculait, dans le principe, d'après la valeur vénale de la chose. La jurisprudence classique admit qu'on tiendrait compte aussi de la valeur relative (3). La réparation peut donc être supérieure au préjudice réellement éprouvé si, dans le délai fixé, la chose a diminué de valeur.

L'action de la loi Aquilia présente les caractères de l'action pénale : elle est noxale, intransmissible passivement (4); elle survit à la *capitis deminutio*. S'il y a plusieurs codélinquants, elle se donne pour le tout contre chacun d'eux, et le payement fait par l'un ne libère pas les autres (5).

L'action de la loi Aquilia apparaît, à l'époque classique, sous deux formes : comme *action directe* dans les cas prévus par la loi, comme *action utile* dans les cas auxquels on a étendu l'application de la loi. Les actions utiles, données *ad exemplum legis Aquiliæ* (6), sont pour la plupart qualifiées *in factum;* quelques-unes sont fictices *in jus*, comme celles qui sont données aux pérégrins ou contre eux. La terminologie n'est pas rigoureuse : l'expression *in factum actio* désigne parfois l'action utile par opposition à l'action directe (7).

§ 5. **L'édit du Préteur.** — Malgré l'extension qu'elle a reçue de la jurisprudence, la loi Aquilia ne pouvait avoir qu'une portée limitée. Elle fut complétée soit à l'aide de quelques dispositions remontant aux Douze Tables, soit surtout par les Préteurs. Au dernier siècle de la République, on rencontre dans l'Édit une série de clauses destinées à réprimer les dommages causés par dol : ce sont, indépendamment de l'action de dol dont il sera parlé bientôt, les actions *damni hominibus coactis dati, damni in turba dati, arborum furtim cæsarum, de servo corrupto,*

(1) Ulp., *h. t.*, 5, 3. La question était discutée au temps de Julien.
(2) Jul., *h. t.*, 42; Ulp., 41 pr., 1; XLVII, 2, 27, 3; Paul, 32, 1; *h. t.*, 40.
(3) Celui par exemple qui tue, avant qu'il ait fait adition, un esclave institué héritier, devra payer, outre la valeur de l'esclave, une somme égale à la valeur de l'hérédité qui est perdue pour le maître (Gaius, III, 212; Inst., IV, 3, 10).
(4) Ulp., *h. t.*, 23, 8 : *In heredem vel ceteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.* Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 11, 2.
(5) Trois différences avec l'action *furti :* 1° L'abandon noxal n'est admis que si le dommage a été causé à l'insu du maître (Ulp., *D.*, IX, 4, 2 pr; XLVII, 6, 1, 1; cf. XLII, 8, 6, 1; Paul, *D.*, II, 10, 2; XXV, 2, 21, 2). Si le délit a été commis *sciente domino,* le maître est tenu personnellement et pour le tout; mais la responsabilité personnelle du maître ne saurait être une excuse pour l'esclave et ne ferait pas obstacle à l'action noxale (Ulp., *D.*, IX, 4, 2, 1). 2° En cas de concours avec une action *rei persecutoria*, elle ne peut se cumuler, si ce n'est pour ce qu'elle a de plus avantageux. 3° C'est une action qui croît au double en cas d'*infitiatio* (Ulp., *h. t.*, 23, 10. *Nov.* 18, 5, 8.
(6) Paul. *h. t.*, 12.
(7) On ignore comment étaient rédigées ces formules. Cf. Lenel, I, 231.

de sepulcro violato, et l'interdit *quod vi aut clam.* En créant ces actions, le Préteur a entendu obliger certaines personnes à réparer le dommage qu'elles ont causé par dol, et leur infliger en même temps une peine pécuniaire plus ou moins rigoureuse.

a) L'Édit visait d'abord le dommage causé avec violence et collectivement par des esclaves et le vol commis à cette occasion. Il a été étendu au dommage causé avec violence par des hommes libres (1); mais le vol avec violence est devenu un délit spécial qui est réprimé même s'il est commis isolément (p. 566).

Le dommage causé par une réunion d'hommes entraîne pour celui qui les a groupés par dol et pour chacun d'eux la peine du quadruple (2). Il en est de même, si l'on a pris à son service une bande formée par un tiers (3). Le dol consiste à s'adjoindre une ou plusieurs personnes en vue de causer un dommage à autrui. L'action au quadruple se donne pendant une année utile, après quoi elle est réduite au simple, mais on a la faculté de recourir à l'action de la loi Aquilia (4).

b) Le dommage, causé en cas de tumulte (5), donne lieu à une action au double pendant une année utile, après quoi elle est au simple (6). Cette action, qui existait au temps de Labéon, peut être exercée soit contre celui qui a profité du tumulte pour causer un dommage à autrui, soit contre celui qui l'a provoqué sans même paraître sur les lieux (7).

c) Le Préteur a créé une action spéciale pour réprimer toute sorte de mutilations d'un arbre (8), commises clandestinement, à l'insu du propriétaire (9). L'action *arborum furtim cæsarum* se donne au double de l'intérêt du demandeur, sans préjudice de la poursuite criminelle qui peut être exercée pour cet acte de brigandage, ou de l'action de vol si l'on s'est approprié le bois coupé (10).

d) Celui qui, par dol, donne asile à l'esclave d'autrui, celui qui lui donne de mauvais conseils, ou lui persuade de commettre un délit,

(1) Le vol et le dommage avec violence, commis par une *familia (servilis)* de publicains, sont réprimés l'un par un édit spécial (p. 566, 8), l'autre par l'édit *de publicanis* (*D.*, XXXIX, 4, 1 pr.). Ces deux édits ont été fusionnés par les compilateurs qui ont fait disparaître les différences qui les séparaient. Dans les deux cas, les publicains sont invités à exhiber les esclaves à leur service, même s'ils ne leur appartiennent pas; sinon, ils sont tenus personnellement. *Ibid.*, 12, 1. Cf. Lenel, II, 58.

(2) Ulp., *D.*, XLVII, 8, 2 pr., § 2, 6, 8, 9, 12, 13, 18.

(3) Si cette bande est composée en tout ou en partie d'esclaves appartenant à un même maître, celui-ci est également tenu de payer le quadruple, mais il ne le paye qu'une seule fois; il a d'ailleurs la faculté de faire l'abandon noxal des esclaves qui ont pris part au délit (*Ibid.*, 2, 14-16).

(4) *Ibid.*, 4, 8, Jul., ap. Ulp., 2, 10. L'action *damni hominibus coactis dati* donnait lieu à un *judicium recuperatorium* (Cic., *p. Tull.*, 17, 41).

(5) Ulp., *D.*, XLVII, 8, 4, § 6, 8-11. Le tumulte suppose un rassemblement d'une dizaine de personnes au moins (Lab., ap. Ulp., *eod.*, 4, 4).

(6) On ne tient compte que de la valeur vénale.

(7) Ulp., *h. t.*, 4, 4. Il semble que l'action *damni in turba dati* n'était pas noxale. Ulpien (4, 15) dit, il est vrai, que le Préteur donne une action *in servum*. Le maître était tenu de le défendre *in solidum*, faute de quoi le magistrat infligeait sans doute à l'esclave une peine corporelle (Ulp., *D.*, II, 1, 7, 3). Mais d'après Lenel, II, 150, ces textes ont été interpolés.

(8) Ulp., *h. t.*, (*D.*, XLVII, 7), 3; Paul, 5 pr.

(9) Paul, *h. t.*, 8, 1; Ulp., 7 pr.

(10) Ulp., *h. t.*, 7, 7; Paul, 8, pr., 2; Gaius, 2.

encourt la peine du double. La valeur de l'esclave s'apprécie au moment où il est entré en relation avec l'auteur du délit (1). Si celui-ci est lui-même un esclave, l'action se donne contre son maître avec faculté d'abandon noxal (2).

e) La violation d'un tombeau, lorsqu'elle a lieu par dol (3), est sévèrement punie. Les personnes intéressées ont le droit d'exercer contre l'auteur du délit une action *in bonum et æquum concepta* et qui entraîne l'infamie (4). A défaut, tout citoyen est autorisé à exercer une action tendant à infliger une amende de 100 000 sesterces (5). L'action *sepulcri violati* qui existait au temps de Labéon (6) est donc, le cas échéant, une action populaire; elle a pour but, non pas de sauvegarder un intérêt privé, mais de punir un acte délictueux (7). Lors même qu'elle est intentée par la personne intéressée, la condamnation ne peut être inférieure au chiffre fixé pour l'action populaire. Si le délit est commis par un esclave, le maître n'a pas la faculté de recourir à l'abandon noxal (8).

f) Tout autre dommage causé par dol est réprimé par l'action de dol.

IV. *Damnum infectum.*

Il y a trois cas où la loi ou le Préteur ont pris des mesures pour prévenir un dommage futur, qui menace une propriété immobilière. Ce dommage peut résulter : de l'état d'une maison qui menace ruine; de travaux faits sur un fonds rural pour modifier le cours de l'eau pluviale; d'une construction ou d'une démolition projetée par un tiers (9). De ces trois cas, le premier seul a reçu le nom technique de *damnum infectum*. Les deux autres sont dénommés d'après la procédure à laquelle ils donnent lieu : action *aquæ pluviæ arcendæ,* pour le second; dénonciation de nouvel œuvre, interdit *quod vi aut clam* pour le troisième (10).

§ 1er. **Damnum infectum.** — La loi a de très bonne heure autorisé le voisin d'une maison qui menace ruine à se prémunir contre la chute de la maison, en exerçant l'action *damni infecti*. Il a intérêt à agir sans retard car, si la maison s'écroule, le propriétaire s'exonérera de toute responsabilité en faisant l'abandon des matériaux projetés sur le fonds voisin (11). C'est l'application d'un principe général (p. 593) qui condui-

(1) Ulp., *D.*, XI, 3, 3 pr., 1, 2-5; 5 pr., 2-4; Paul, *eod.*, 6.
(2) L'action *de servo corrupto* existait au temps d'Alfenus Varus (*eod.*, 16).
(3) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLVII, 12], 3, 1-2.
(4) Jul., *eod.*, 6; Pap., *eod.*, 10; Ulp., *eod.*, 1. (p. 857, 4).
(5) *Ibid.*, 3 pr. Les femmes et les enfants sont exclus (Ulp., *D.*, XLVII, 23, 6.) L'amende est portée à 200 000 sesterces contre celui qui, par dol, a fait du lieu de la sépulture son habitation. Cf. sur l'étendue des monuments funéraires, Marquardt, *Privatleben*, trad., I, 432.
(6) Ulp., *h. t.*, 3, 9. Cf. *Corp. inscr. Græc.* 4300 *d*; *Bull. Corr. hellén.*, V, 344.
(7) Ulp., 3, 12; Jul., *eod.*, 6; Pap., *eod.*, 1.
(8) Ulp., 3, 8; 3, 11. Cf. Cujas, *Obs.*, XXI, c. 40.
(9) Cf. C. civ. 1386, 640; loi du 12 juillet 1905, a. 7.
(10) D'après Julien (ap. Ulp., *D.*, XLIII, 24, 11, 4), les termes de l'Edit *quod vi aut clam factum est*, visent le temps présent et non le passé.
(11) Gaius, *h. t.*, [XXXIX, 2], 6. Il y a ici une sorte d'abandon noxal : Ulp., *h. t.*,

sait à un résultat choquant lorsque la chose avait peu de valeur comme les matériaux d'une maison en ruines. Bien que l'action *damni infecti* ait survécu à la suppression des actions de la loi, on ignore quel en était le résultat (1).

Sous l'Empire, on préférait employer une autre procédure établie par le Préteur (2), et qui était plus commode (3) et plus efficace. Le Préteur considère comme étant en faute le propriétaire qui laisse sa maison en mauvais état. Il l'oblige à promettre à son voisin de réparer intégralement (4) le dommage qui pourra se produire dans un certain délai (5). Il y a ici une stipulation prétorienne. En cas de refus, le Préteur autorise le voisin à se mettre en possession de la maison et à y faire les réparations nécessaires. Si le propriétaire s'oppose à l'entrée en possession et que le dommage se réalise, le Préteur donne contre lui une action fictice, comme si la promesse avait été faite (6). L'indemnité se calcule d'après le *quanti ea res erit*.

La *cautio damni infecti* présente une particularité remarquable : elle oblige non seulement le promettant et ses héritiers, mais aussi ses ayants cause à titre singulier. Les uns et les autres sont tenus *propter rem :* en cas d'aliénation, c'est l'acquéreur qui est obligé (7). (p. 128, 7).

L'effet de la promesse est subordonné à la condition qu'on ait pu prévenir le dommage en réparant la maison. Le promettant ne répond ni des cas de force majeure, ni du dommage prévu par la loi Aquilia (8).

La stipulation *damni infecti* fait l'objet d'une demande spéciale (*postulatio*) (9); elle est autorisée à défaut de toute autre voie de droit (10). Le demandeur doit jurer qu'il n'agit pas par chicane.

La demande peut être faite, non seulement par le propriétaire du fonds menacé, mais aussi par toute personne qui court un risque, comme un locataire (11). Elle est parfois admise après la chute de la maison : lorsqu'on n'a pas eu le temps de la former avant, ou lorsqu'on n'a pu le faire parce qu'on était absent pour le service de l'État ; il suffit qu'on ne puisse être accusé de négligence (12). Lorsque le pro-

7, 1 ; 9 pr. Mais le délaissement doit être fait avant que le dommage soit réalisé ; il ne confère que la détention temporaire de la chose.

(1) Gaius, IV, 31. Ulp., *h. t.*, 33 ; 37. Cf. les conjectures de Wlassak, *Prozessgesetze*, I, 269 ; Karlowa, II, 481 ; Bekker, *Aktionen*, I, 46.

(2) Cet édit est très ancien : au lieu de viser le dommage futur en général il énumère les cas où le Préteur promet d'intervenir : *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, ædificabitur* (Pomp., *D.*, XLVI, 8, 18 : Alf., *h. t.*, 43 pr.). Ces mots rappellent l'énumération du 3e chapitre de la loi Aquilia.

(3) On peut se faire représenter par un *procurator* (Ulp., *h. t.*, 18, 16 ; Pomp., 39, 3).

(4) Ulp., *h. t.*, 28 ; 37 ; Gaius, *h. t.*, 29.

(5) Sauf prorogation. Ulp., *h. t.*, 13, 15 ; 15 pr.

(6) Ulp., *h. t.*, 7 pr. ; 17 pr. L'édit du préteur pérégrin contient aussi une clause sur le *damnum infectum*, mais la promesse a pour objet *quidquid dare facere oportet ex fide bona ;* puis l'obligation imposée par ce Préteur a pour sanction une action, et non un envoi en possession (loi Rubria, c. 20). Cf. Karlowa, II, 124, 1254.

(7) Ulp., *h. t.*, 24, 1 ; 17, 4.

(8) Ulp., *h. t.*, 24, 4, 3-4 ; 24, 7-8.

(9) *Ibid.*, 4, 8 : *Postulare proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi.*

(10) Gaius, *h. t.*, 32 ; Paul., 18, 4 ; Ulp., 11, 3.

(11) Paul., *h. t.*, 18 pr. ; 38 pr. ; Lab. ap. Ulp., 13, 5.

(12) Jul. ap. Ulp., *h. t.*, 9 pr. ; Gaius, 8.

priétaire de la maison offre d'enlever tous les matériaux, même ceux qui ne peuvent plus servir, il doit promettre de réparer le dommage passé et futur (1).

La promesse *de damno infecto* peut être faite, soit par le propriétaire de la maison, soit par celui qui a sur elle un droit réel (usufruit, gage, superficie), car il a intérêt à empêcher l'envoi en possession. Mais le Préteur n'exige du propriétaire qu'une simple promesse; le titulaire d'un droit réel doit garantir sa promesse par des cautions sauf lorsqu'il promet seulement en son propre nom, et non pour le compte du propriétaire (2). L'un ou l'autre doit garantir le voisin contre le vice du sol et de la maison. Si la promesse est faite par le nu propriétaire et que l'usufruitier ne le garantisse pas à son tour contre le vice de la maison, le nu propriétaire lui défendra d'user de son droit. Réciproquement, l'usufruitier qui garantit le voisin contre le vice du sol, peut se faire transférer le droit du nu propriétaire (3). A défaut de promesse de l'un ou de l'autre, le voisin obtiendra l'envoi en possession et empêchera l'usufruitier de jouir de la maison (4).

La promesse de réparer le dommage futur ne s'applique pas seulement au cas d'une maison : elle peut être exigée lorsqu'un arbre menace de tomber par vétusté, ou lorsqu'on craint un éboulement de terrain (5). Elle peut aussi être exigée pour un *vitium operis*, lorsque le titulaire d'une servitude d'aqueduc exécute des travaux dans la propriété d'autrui (6); lorsqu'un citoyen élève une construction sur un terrain affecté à l'usage public (p. 241,2). Par extension on assimile à un *opus* de ce genre tout acte accompli sur la propriété d'autrui, par exemple lorsqu'on pénètre sur le fonds voisin pour y recueillir les fruits qui y sont tombés, ou pour réparer un chemin sur lequel on a un droit de passage. Mais dans ces divers cas le refus de fournir la *cautio d. i.* n'est pas sanctionné par un envoi en possession : le propriétaire menacé doit recourir à la dénonciation de nouvel œuvre ou à l'interdit *quod vi aut clam* (7).

§ 2. **Action *aquæ pluviæ arcendæ*.** — Le propriétaire d'un fonds rural doit s'abstenir de faire des travaux susceptibles de nuire à son voisin en modifiant le cours naturel de l'eau pluviale (8). Il lui est défendu d'augmenter le volume ou de rendre plus rapide le cours de l'eau qui s'écoule sur un fonds inférieur; de faire refluer l'eau sur un

(1) Jul., *l. cit.* Si le propriétaire reste dans l'inaction, on accorde au voisin un interdit *(de ruderibus tollendis)* pour l'obliger à enlever les matériaux ou à faire l'abandon de la maison. Ulp., *h. t.*, 7, 2.

(2) Jul., Cels. ap. Ulp., *h. t.*, 9, 4-5; Ulp., 11; 15, 25; 13, 1; Paul, 10.

(3) Paul. *h. t.*, 10 : *jus domini ad eum transferri oportet.*

(4) Cels. ap. Ulp., *h. t.*, 9, 5 : *prohiberi debet frui.* Jul., 10; *denegandam ei fructus petitionem.* Cf. pour le superficiaire, Ulp., *h. t.*, 9, 4; pour le créancier gagiste, Ulp., 11; Paul, 12.

(5) Ulp., *h. t.*, 24, 2; Alf., Lab., *eod.*, 9, 2. Cf. Karlowa, II, 1255.

(6) Ulp., *h. t.*, 30 pr., 1; 24, 6; 15, 3; cf. Pomp., 39 pr.

(7) Ulp., *D.*, X, 4, 9, 1; XLIII, 19, 3, 11. Cf. Plin., *H. n.*, 36, 2, de l'an 631.

(8) Ulp., *h. t.* [*D.* XXXIX, 3], 1 pr. Loi des XII Tables, citée par Pomp., *D.*, XL, 7, 21 pr. En Italie, où les pluies sont fréquentes au printemps et à l'automne, les propriétaires cherchaient à se débarrasser de l'eau surabondante en la déversant sur le fonds voisin.

fonds supérieur (1). La loi prohibe les travaux faits de main d'homme tels que fossés, digues, amas de pierres, constructions (2). Sont exceptés les sillons rectilignes tracés avec la charrue, pour la culture du blé et des céréales (3). L'exception a été étendue aux rigoles creusées pour la culture des légumes et même pour la vigne et les arbres fruitiers (4).

En cas de contravention, le propriétaire menacé de subir un préjudice (5) a le droit de demander la suppression des travaux (6). L'action *aquæ pluviæ arcendæ* est une action personnelle : elle a pour but d'obliger le défendeur à faire quelque chose. Elle s'exerce *per arbitri postulationem* (7); le procès a le caractère d'un *jurgium*. A l'époque classique, l'action est noxale et arbitraire (8). Elle n'est pas recevable si les travaux ont été autorisés par le magistrat ou par le voisin lui-même, ou s'ils remontent à une époque très ancienne (9).

L'action est donnée contre celui qui est, au moment du procès, propriétaire du fonds où ont été faits les travaux, alors même qu'ils seraient l'œuvre de son prédécesseur ou d'un usufruitier (10). Elle est donnée à celui qui est, au moment du procès, propriétaire du fonds menacé (11). On n'envisage que l'intérêt du fonds et de la culture.

L'action *aquæ pluviæ arcendæ* ne s'applique pas aux fonds urbains. Si le propriétaire d'une maison est incommodé par les eaux pluviales de la maison voisine, il exerce une action négatoire pour établir que sa maison n'est pas grevée de servitude (12).

§ 3. **Dénonciation de nouvel œuvre.** — C'est un acte extrajudiciaire et vraisemblablement solennel (13), par lequel un propriétaire déclare s'opposer à une construction ou à une démolition projetée par un tiers (14) et qui porterait atteinte à son droit. Régulièrement le déclarant devrait commencer par prouver son droit, mais comme dans l'intervalle il pourrait subir un préjudice irréparable, on préfère arrêter les travaux jusqu'à ce que le procès soit jugé.

La dénonciation de nouvel œuvre est une institution du droit civil que

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 1; 1, 10; 1, 13; 1, 22. Mais un propriétaire a le droit de retenir les eaux pluviales chez lui en les empêchant de s'écouler dans les fonds voisins. (Ulp., *h. t.*, 1, 11; 1, 21). C'est ce qu'on fait dans les régions où le sol est aride, comme celui de l'Afrique.

(2) Ulp., *h. t.*, 1, 2; 1, 4; 1, 6. Paul, 23, 2; Alf., 24, 2.

(3) Ulp., *h. t.*, 1, 3; 1, 5; 1, 9; Alf., 24, 1; Lab., 4 pr.; cf. 1, 7.

(4) Paul, *D.*, L, 16, 77. Cf. Karlowa, II, 487.

(5) Ulp., *h. t.*, 1, 1 : *Hæc actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto... ex quo damnum timetur.*

(6) Cels. ap. Ulp., *h. t.*, 6, 7 : *tollere cogendum*. Paul, 11, 6.

(7) Cic., *Top.*, 9, 39; Alf., *h. t.*, 24 pr.; Ulp., 6, 5.

(8) Paul, *h. t.*, 22, 1; 24, 2. Le propriétaire qui n'est pas l'auteur des travaux est tenu seulement de les laisser supprimer (*patientiam præstare*); les frais ne sont pas à sa charge. Ulp., *h. t.*, 6, 7; Jul., 4, 2; Lab. ap. Paul, 5. Cf. Lenel, II, 160.

(9) Paul, *h. t.*, 2 pr.; Lab. ap. Ulp., 1, 23; ap. Pomp., 19.

(10) Paul, *h. t.*, 12. L'action *legitima* est donnée contre le nu propriétaire. Contre l'usufruitier, on peut exercer une action utile. Pomp., *h. t.*, 22, 2.

(11) Ulp., *h. t.*, 6, 4.

(12) Ulp., *h. t.*, 1, 17.

(13) Il peut avoir lieu un jour néfaste, comme la *pignoris capio*. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXIX, 1], 2; 1, 4.

(14) *Ibid.*, 3, 12 : *opera solo conjuncta*. Ib. 1, 1 : *futura opera... ne fiant*. Pour les copropriétaires, cf. p. 282, 11.

le Préteur a remaniée et que l'on ne connaît guère que sous sa forme nouvelle (1). Trois conditions sont requises pour la régularité de cet acte : que l'œuvre projeté porte atteinte à la liberté de la propriété d'autrui ; qu'il change l'aspect primitif des lieux ; que la dénonciation soit faite sur place par l'ayant droit s'il est capable ou par son *procurator* (2), et qu'on ait soin d'indiquer si la défense est totale ou partielle (3). La présence du constructeur n'est pas nécessaire ; il suffit qu'on s'adresse à une personne qui puisse le mettre au courant (4).

L'usage de la dénonciation de nouvel œuvre a été étendu au superficiaire, au créancier gagiste et même à l'usufruitier (5) ; au titulaire d'une servitude de vue ou de mitoyenneté (6) ; à tout citoyen, dans l'intérêt de l'État, pour les travaux faits sur un terrain public ou sacré (7) ; aux personnes intéressées en cas de violation des règlements sur la hauteur des constructions (8). C'est un moyen indirect d'obtenir la promesse *damni infecti*.

La dénonciation a un effet réel : elle doit être respectée même par les ayants cause à titre particulier du *nuntiatus*. Mais cet effet cesse lorsque celui qui a fait la dénonciation meurt ou aliène le fonds (9).

La dénonciation de nouvel œuvre a été de bonne heure soumise au contrôle du Préteur. Les parties comparaissent devant lui. Le demandeur doit jurer qu'il n'agit pas par chicane, sinon le Préteur annule la dénonciation (10). Il la confirme dans le cas contraire sous la condition que le demandeur fera la preuve de son droit. Si la preuve n'est pas faite, le Préteur donne mainlevée de la défense *(remissio)* (11).

La dénonciation est sanctionnée par un interdit restitutoire (12) ; le *nuntiatus* doit fournir une *cautio* qui a pour but, comme la *cautio judicatum solvi*, d'assurer l'exécution d'un *judicium*. L'instance qui s'ouvrira en cas de contravention à l'interdit, aura pour objet de consacrer le *jus prohibendi* du *nuntians*. Le *nuntiatus* s'engage à rétablir les lieux dans leur état antérieur, s'il succombe ou s'il ne défend pas au procès (13). Le *nuntians* qui obtient gain de cause a le droit de choisir

(1) Institution analogue dans l'Égypte romaine (*P. Teb.*, 488, de l'an 121/122) et ptolémaïque (*P. Hal.*, 1).

(2) Ulp., *h. t.*, 1, 11 ; 5, 3 : *in re præsenti;* 5 pr., 1-2. Le *procurator* doit fournir la satisdation *ratam rem dominum habiturum. Ibid.*, 5, 18.

(3) Ulp., *h. t.*, 5, 15-16.

(4) *Ibid.*, 5, 3-5. La dénonciation est faite *in rem*. Peu importe qu'elle concerne un fou, un *infans*, un absent. Ulp., 1, 5 ; 10 ; Paul, 11.

(5) Jul., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 25, 1, 5 ; Gaius, *eod.*, 19. Ulp., *h. t.*, 1, 4 ; 1, 20.

(6) Ulp., *h. t.*, 5 pr. ; Jul., 2, 15 ; *D.*, XXXIX. 2, 13, 10 ; Ulp., *D.*, VIII, 2, 15 ; VIII, 5, 6, 7 ; XLIII, 25, 1, 4. La dénonciation n'est pas admise pour la servitude de passage. Jul., *h. t.*, 14.

(7) Ulp., *h. t.*, 1, 17 ; 3, 4.

(8) *Ibid.*, 1, 17 ; 1, 15. Il semble résulter de *C.*, VIII, 10, 14 pr., que l'effet de la dénonciation était ici limité à un an par les anciens.

(9) Jav., *h. t.*, 23 ; Paul, 8, 6-7.

(10) Ulp., *h. t.*, 1, 9 ; 5, 14 ; Paul, 19.

(11) Ulp., *D.*, XLIII, 25, 1 pr. Le décret confirmatif n'a pas le caractère d'un interdit prohibitoire : il n'y a pas trace d'une défense adressée au *nuntiatus*. Cf. Karlowa, II, 1231, suivi aujourd'hui par Lenel, *E. P.*, 465.

(12) Ulp., *h. t.*, 20 pr. L'interdit *demolitorium* est perpétuel (20, 6) et se donne contre les héritiers (*h. t.*, 22).

(13) Ulp., *h. t.*, 21 pr., 1-2 ; 4. Cf. sur cette *cautio* qui a donné lieu à des difficultés.

entre la restitution et le payement des dommages-intérêts (1). — Tant que le *nuntians* n'a pas fait reconnaître son *jus prohibendi*, le *nuntiatus* qui, au lieu d'une simple promesse a fourni une satisdation, est autorisé par l'Edit à continuer les travaux : il est protégé par un interdit prohibitoire (2).

Par exception, le *nuntiatus* peut continuer les travaux sans tenir compte de la dénonciation lorsqu'il y a péril en la demeure ou s'il obtient de son adversaire mainlevée de son opposition (3).

§ 4. **Interdit *quod vi aut clam*.** — Cet interdit, qui existait au temps de Cicéron (4), a été créé pour suppléer à l'insuffisance de la dénonciation de nouvel œuvre, quant aux faits qui en motivaient l'application et quant aux personnes autorisées à l'exercer. Le Préteur promet un interdit contre celui qui, au mépris d'une défense ou clandestinement, exécute un travail nuisible sur le sol d'autrui (5) : démolir une maison, enlever des tuiles ou une statue; labourer ou fumer une terre sans utilité; creuser un fossé ou déposer de la terre sur le fonds d'autrui ; jeter dans un puits des substances qui altèrent la pureté de l'eau ; couper des arbres ou des branches d'arbre (6). L'interdit se donne contre le *possessor operis*, alors même qu'il ne serait pas l'auteur du travail (7).

L'interdit est accordé à toute personne intéressée, copropriétaire, usufruitier (8), titulaire d'une servitude prédiale quelconque (9), fermier, précariste, acheteur qui a reçu la chose à précaire ou à titre de locataire. Il n'est pas nécessaire d'avoir un droit réel (10). Parfois on se contente d'un intérêt moral (11).

A la différence de la dénonciation de nouvel œuvre, la défense n'a pas besoin d'être faite sur place : elle est adressée à la personne (12). Il suffit d'ailleurs qu'elle parvienne à la connaissance de celui qui va faire exécuter le travail projeté. Elle n'exige pas un acte formel : elle peut

LENEL, II, 297. Elle était surtout utile lorsqu'on plaidait *per sponsionem* à la suite de l'interdit : le juge n'ayant pas ici un pouvoir d'appréciation comme dans la formule arbitraire, la promesse *quanti ea res erit* lui donne le moyen d'estimer l'intérêt du demandeur.

(1) Ce droit d'option est une invention des compilateurs : les mots *si hoc petitori placuerit, si hoc maluerint* (*h. t.*, 21, 4 ; 21, 7) ont été interpolés.

(2) ULP., *h. t.*, 5, 17 ; 21, 1 ; 20, 9 ; 5, 20. C'est en ce sens qu'il est constitué possesseur et joue le rôle de défendeur (1, 6 ; 1, 10).

(3) ULP., *h. t.*, 5, 11-13 ; 1, 10. La *remissio* lui procure seulement une exception (Loi Rubria, c. 19). Un pacte suffit ici à paralyser l'ordre du Préteur, car cet ordre, qui avait pour but de mettre fin à la contestation, perd sa raison d'être par suite de l'accord des parties.

(4) *P. Tull.*, 53 ; Q. MUC., *D.*, L, 17, 73, 2 ; *h. t.*, [XLIII, 24], 1, 5. SERV., 4.

(5) ULP., *h. t.*, 7, 5 et 7 ; VENUL., 10 ; 22, 3. L'interdit ne s'applique pas aux meubles, pas même aux fruits des arbres. ULP., 7, 5 ; 9, 1 ; PAUL., 20, 4.

(6) ULP., *h. t.*, 7, 6-10 ; 9, 2-3, 11 pr. ; 13 pr. ; VENUL., 8 ; 22 pr., 1-3.

(7) ULP., *h. t.*, 15 pr.

(8) ULP., *h. t.*, 11, 14 ; 13, 3 ; VENUL., 12 ; PAUL, 16, 1. Même l'ayant droit à un sépulcre (*h. t.*, 13, 2 ; 22, 4) ; cf. p. 240, 3.

(9) On exige ici la preuve de l'existence de la servitude : c'est une différence avec la dénonciation de nouvel œuvre. ULP., *D.*, XXXIX, 1, 5, 10.

(10) ULP., *h. t.*, 11, 12 ; 19 ; 13, 4 (acheteur d'une coupe de bois). Mais l'acheteur qui n'a pas reçu tradition ne peut que demander au vendeur de lui tenir compte de la condamnation qu'il a obtenue. *Ibid.*, 11, 9.

(11) *Ibid.*, 11, 1.

(12) PAUL., *h. t.*, 20 pr. ; 20, 3.

être faite verbalement ou par un geste de la main (1), émaner d'un mandataire, d'un locataire, d'un esclave ou d'un mercenaire. On ne peut pas dire que l'intéressé acquiert ici un droit par l'intermédiaire d'autrui : le droit naît du délit commis par celui qui contrevient à la défense. Cette contravention constitue la violence requise par l'Édit (2).

Un second cas a été prévu, celui de clandestinité : le travail a été exécuté *clam* parce qu'on redoutait l'opposition de l'intéressé (3). Ici, l'interdit est accordé sans défense préalable : il sanctionne le dol commis. On peut écarter l'accusation de clandestinité par une dénonciation préalable. On peut aussi l'écarter en prouvant qu'on a agi par nécessité (en cas d'incendie) (4), ou qu'on a démoli une construction élevée *vi aut clam*, enlevé une marque ou un écriteau indûment apposé par un tiers (5). En dehors de ces cas exceptionnels, on n'a pas à examiner si celui qui a exécuté le travail avait ou non le droit de le faire : c'était à lui d'agir en justice pour obtenir la reconnaissance de son droit (6). Tant qu'il ne l'a pas fait, la défense reste efficace, à moins qu'il n'offre de s'obliger *de damno infecto*.

L'interdit *quod vi aut clam* est restitutoire : le Préteur ordonne que les lieux soient rétablis dans leur état antérieur. Les frais sont à la charge du défendeur s'il est l'auteur du travail ou s'il a été fait sur son ordre (7), sinon il n'est tenu qu'à laisser faire. L'auteur du travail doit en outre indemniser le demandeur du préjudice qui lui a été causé (8). Si l'auteur du travail est mort, ses héritiers sont tenus dans la mesure de leur enrichissement. Si le travail a été fait par un esclave, son maître doit à ses frais rétablir les lieux dans l'état antérieur, ou faire l'abandon noxal de l'esclave et laisser le demandeur remettre les choses en l'état (9). Si l'ordre de restituer n'est pas exécuté, il y a lieu au *judicium secutorium* (p. 830) : le Préteur délivre une formule arbitraire. Le délinquant, qui persiste dans son refus, est condamné à réparer le préjudice causé (10).

L'interdit doit être demandé dans l'année qui suit l'achèvement ou l'interruption du travail, mais le Préteur peut, en raison des circonstances, l'accorder après ce délai (11).

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 5-7. Le jet d'un caillou suffit. Paul, 20, 1. Cf. Alex. Lattes, *R. Instituto Lombardo*, 1914, XLVI, 235.
(2) Paul. *h, t.*, 17: *per quemvis*. Ulp., 3 pr. Q. Muc., ap. Ulp., 1, 5.
(3) Ulp., *h. t.*, 3, 7-8; 5 pr.; 1, 1 : *calliditas*; 11, 6 : *dolus*.
(4) *Ibid.*, 5, 1 ; 7, 4. Cf. p. 351, 9.
(5) *Ibid.*, 7, 3; Venul., 22, 2; Probus, *C.*, II, 16, 1, cf. Cujas, III, 430; X, 842.
(6) Ulp., *h. t.*, 1, 9; 3 pr., 5-6. Paul, 20, 3.
(7) Ulp., *h. t.*, 1, 1; 5, 8; 5, 12.
(8) Ulp., 15, 7 : Paul, *h. t.*, 16, 2 : *qui fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis; qui fecit, nec possidet, impensam; qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet*.
(9) Ulp., *h. t.*, 15, 3.; 7, 1 ; Jul., 14. En cas d'aliénation ou de mort de l'esclave, le maître doit seulement *patientiam præstare*.
(10) Cic., *p. Tull.*, 23-53; Ulp., *h. t.*, 15, 7. L'estimation est faite par l'office du juge, ou même après le serment *in litem* du demandeur. Ulp., 15, 9 et 11.
(11) Ulp., *h. t.*, 15, 3-6.

V. La violence et le dol.

On chercherait vainement dans le droit civil une règle générale sur la violence ou le dol commis lors de la conclusion d'un acte juridique, ou sur la fraude à l'égard des créanciers.

La forme des actes juridiques suffit pendant longtemps à protéger les parties contre la violence : la présence de témoins solennels, d'un *libripens,* parfois d'un magistrat, excluait toute atteinte à leur liberté. Cette protection n'existait pas dans la stipulation ni dans le contrat *litteris,* mais comme il était d'usage de convoquer des témoins pour prouver la formation du contrat, on n'avait guère à craindre l'effet d'un acte de violence.

Le dol est plus difficile à saisir pour les personnes assistant à la conclusion d'un acte juridique : il se produit ordinairement à une époque antérieure; les manœuvres qui le caractérisent peuvent leur échapper complètement. Mais avec de la prudence on évite de s'y laisser prendre. Le citoyen romain ne s'engageait pas à la légère quand il traitait avec une personne en qui il n'avait pas pleine confiance : il avait soin de se prémunir contre la *captio* par des clauses appropriées. Seuls les jeunes gens pouvaient se laisser circonvenir : la loi Plætoria protégea leur inexpérience.

Quant à la fraude commise par un débiteur à l'égard de ses créanciers et qui consiste à s'appauvrir volontairement pour diminuer leur gage, elle fut peu à redouter tant que subsista le système antique de l'exécution contre la personne : le débiteur avait tout intérêt à ne pas mécontenter le créancier qui pouvait le vendre comme esclave ou le retenir dans les fers.

Le silence de la loi sur la violence, le dol, la fraude commise dans les actes juridiques, s'explique donc aisément aux premiers siècles de Rome. Les changements survenus dans l'état du droit au dernier siècle de la République révélèrent une lacune qu'on n'avait pas aperçue jusqu'alors. Les contrats non formels sont devenus d'un usage général : plus de témoins solennels, rien de cet appareil qui était la garantie de la libre manifestation des volontés. Les occasions de conclure un acte juridique, si rares autrefois, se sont multipliées avec le développement du commerce. L'habitude de contracter avec le premier venu, comme on traitait jadis avec un parent, un ami, un voisin, rendit plus insouciant du danger : à quoi bon prendre des précautions minutieuses, alors que le juge doit apprécier les rapports des parties *ex fide bona?* Mais pour les contrats de droit strict et pour les actes juridiques autres que les contrats, le péril subsistait : le Préteur jugea utile d'intervenir. Dans son édit sur les pactes, il avait manifesté sa réprobation pour les conventions entachées de dol : conséquent avec lui-même, il prit les mesures nécessaires pour réprimer aussi la violence et la fraude.

§ 1er. Violence. — Le Préteur a d'abord condamné l'usage de la violence dans les actes qui ont pour but d'extorquer *(auferre)* une valeur à

autrui. Ce fut l'extension aux simples particuliers des *leges repetundarum* rendues contre les magistrats concussionnaires (1). La peine est du quadruple. L'unité, qui est multipliée par 4, est calculée d'après la valeur vénale de l'objet *(quanti ea res erit)*; on ne tient pas compte de l'intérêt du demandeur *(quanti interest)* (2). Bientôt après, l'édit a séparé les actes de violence qui ont pour effet de *bona rapere* et qui constituent plutôt un vol qualifié, et ceux qui ont pour objet de déterminer la conclusion d'un acte juridique : on substitua le mot *gestum* au mot *ablatum* (3), et l'on proposa une nouvelle formule d'action spéciale au délit de vol avec violence (4).

En créant l'action au quadruple contre l'auteur de la violence, le Préteur eut certainement la pensée de le traiter comme un délinquant. La violence lui apparut comme un délit, aussi bien que le *furtum* qui en était souvent le résultat. L'action *quod vi metusve causa* eut le même caractère que l'action *vi bonorum raptorum* dont elle tint lieu tout d'abord : ce fut une action pénale. Même sous l'Empire, l'action *quod metus causa* est traitée à plusieurs égards comme une action pénale honoraire : elle est annale (5), noxale, intransmissible passivement (6). Mais le Préteur ne promet l'action au quadruple qu'à défaut de restitution spontanée (7). Justinien a fait de l'action *quod metus causa* une action arbitraire, parce qu'il autorise la restitution jusqu'au jugement (8).

Les préteurs subséquents ont créé deux autres voies de procédure qui n'entraînent aucune peine pour le défendeur, l'exception *quod metus causa* (9) et l'*in integrum restitutio* Ces nouveaux modes de protection

(1) Une extension analogue a motivé la création de l'action *de calumnia* contre celui qui a reçu de l'argent pour faire un procès ou pour s'en abstenir par chicane (p. 884,5). Cf. Macer, *D.*, XLVIII, 11, 7 pr.

(2) Cicéron appelle *formula Octaviana* l'action créée pour réprimer la violence. Elle figurait en 683 dans l'édit du préteur urbain L. Cæcilius Metellus ; lorsqu'en 684 ce magistrat fut appelé à gouverner la Sicile, on lui demanda de l'insérer dans l'édit provincial (Cic., 2ª *in Verr.*, III, 65); elle n'était donc pas encore d'un usage général. On a conjecturé qu'elle eut pour auteur l'un des préteurs du nom d'Octavius qui furent en charge peu de temps auparavant, soit Cn. Octavius qui fut consul en 678, soit plutôt L. Octavius, le consul de l'an 679. Il ne peut avoir été préteur avant 676, à cause de l'intervalle entre les magistratures exigé par les *leges annales*, et il ne peut l'avoir été en cette année, car en 676 le préteur en charge fut L. Cornelius Sisenna. Cf. Lenel, 1, 128, 5; Voigt, 1, 918, 7; Schulz, *Sav. Z.*, XLIII, 218.

(3) Antérieurement à Sénèque le père (*Controv.*, IV, 26).

(4) Une modification moins importante fut introduite dans le texte de l'Édit : on supprima le mot *vis*, non pas avec la pensée d'exclure la violence physique, mais parce qu'elle était implicitement comprise dans la violence morale. Si les simples menaces sont punies, à plus forte raison doit-on punir l'acte suivi d'effet (Ulp., 1).

(5) Gord., *C.*, II, 19, 4. Après l'expiration de l'année, l'action n'est plus donnée que *in simplum* et seulement lorsqu'il n'existe pas d'autre action.

(6) Ulp., *h. t.*, [*D.*, IV, 2], 16, 1-2.

(7) P. 858. Ulp., *h. t.*, 14, 1 : *Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur... Satis clementer cum reo prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si velit pœnam evitare.*

(8) D'après Ulp., *h. t.*, 14, 11, l'édit contenait la clause *neque ea res arbitrio judicis restituatur*, mais ce texte est interpolé. (Cf. Lenel, *Pal.*, II, 464). Ailleurs (*h. t.*, 12, 1), Ulpien déclare que le but de l'Edit est de provoquer la restitution en menaçant de donner l'action au quadruple. Cf. Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariæ e l'arbitrium judicis*, 1913, I, 46.

(9) La victime de la violence, à qui l'on demande l'exécution de sa promesse peut se défendre par une exception (Lab., ap. Ulp., 14, 9). L'exception *q. m. c.*

contre la violence (1) ont peu à peu fait perdre de vue son caractère délictuel. Aussi n'admet-on pas le cumul de l'action et de l'exception *quod metus causa* (2).

Le caractère délictuel de la violence a également été écarté dans le cas où elle a été commise par plusieurs personnes : contrairement à la règle admise en matière d'actions pénales, la satisfaction fournie par l'un des débiteurs libère les autres; et même s'il a payé le quadruple en raison de sa *contumacia,* les autres ne pourront être poursuivis (3).

L'action *q. m. c.* ne se donne pas seulement contre l'auteur de la violence : à l'exemple de l'action établie par les *leges repetundarum,* elle peut être intentée contre toute personne qui en a profité et dans la mesure de son enrichissement, contre les tiers aussi bien que contre les héritiers (4). La formule de l'action *q. m. c.* présente en effet une particularité qui la distingue des autres actions personnelles : elle ne contient pas le nom du défendeur; elle est *in rem scripta* (5). Pour triompher, il n'est pas nécessaire de prouver que le défendeur est l'auteur de la violence : il suffit d'établir que le demandeur en a été victime (6).

§ 2. **Dol.** — L'édit prétorien a pris des mesures soit pour forcer l'auteur du dol à réparer le dommage qu'il a causé, soit pour l'empêcher de profiter de l'acte qu'il a commis. Il a créé l'action et l'exception de dol (7), la restitution *ob dolum.* C'est le préteur Aquilius Gallus,

procède d'une pensée différente de celle qui a fait créer l'action (cf. GRADENWITZ, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte,* 37). C'est un moyen très pratique et très efficace, qui ne fait courir aucun risque : il vaut mieux se faire dispenser d'exécuter sa promesse que de poursuivre le payement d'une amende qu'on n'est pas sûr de toucher.

(1) P. 392. L'*in integrum restitutio* est en certains cas plus avantageuse que l'action : 1° Celui qui a répudié une hérédité peut se faire restituer par le Préteur contre sa renonciation : il sera traité *quasi heres.* Il exercera *utiliter* les actions héréditaires, comme s'il avait fait adition (PAUL, *h. t.*, 21, 6). Il évitera ainsi les risques de l'insolvabilité de l'auteur de la violence et d'une estimation des forces de la succession inférieure à leur valeur réelle. De même en sens inverse pour l'acceptation : le Préteur accordera à l'héritier la faculté de s'abstenir (*Ibid.*, 21, 5). 2° Un aliénateur pourra, grâce à la restitution, revendiquer sa chose comme s'il en était resté propriétaire. Il aura une action réelle à la place de l'action personnelle *quod metus causa* (ULP., 9, 4 et 6. Cf. pour le cas de renonciation à un usufruit ou à une servitude prédiale, 9, 7 *in fine*). 3° En cas de libération d'une obligation (JUL., 9, 7), le créancier obtiendra la restitution de son action primitive au lieu de demander au débiteur libéré de s'obliger à nouveau envers lui. L'*in integrum restitutio,* a été créée postérieurement à l'action *q. m. c.*, peut-être sous l'influence de la jurisprudence (GORD., *loc. cit.* : *Postquam placuit in rem quoque dari actionem*). Elle est mentionnée par Cicéron (*p. Flacco*, 21, 49).

(2) Julien (ap. ULP., *h. t.*, 14, 9). Ulpien (9, 6) : *Non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra.* LAB., ap. ULP., 14, 9, PAP., ap. ULP., *D.*, XIII, 7, 22, 1, étaient d'un avis opposé. Cf. sur ce texte GRADENWITZ, *op. cit.*, 34; EISELE, *Sav. Z.*, XIII, 119.

(3) ULP., *h. t.*, 14, 15 (interpolé : cf. BIONDI, 44).

(4) ULP., *h. t.*, 14, 5; 16, 2. SCHULZ, *Sav. Z.*, XLIII, 240.

(5) ULP., 9, 8. C'est le résultat de la confusion de l'*i. i. R.* et de l'action (p. 833, 3).

(6) L'action doit-elle être donnée contre les tiers de bonne foi, ou seulement contre les complices de l'auteur de la violence? La question était discutée au IIe siècle, et fut résolue dans le sens le plus large et le plus rigoureux : *nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet* (ULP., *h. t.*, 14, 5). L'exception *q. m. c.* est également *in rem scripta* (ULP., *D.*, XLIV, 4, 4, 33) : elle peut être opposée à qui n'est pas l'auteur de la violence.

(7) P. 392. Une action spéciale *in factum* est donnée contre l'*agrimensor* qui, après

le collègue et l'ami de Cicéron, qui le premier proposa (1), en 688, la formule de l'action de dol (2).

1. Action de dol. — L'action de dol présente, en droit classique, un caractère pénal : elle ne se donne que pendant un an (3); elle est noxale, intransmissible passivement (4). Mais elle a une portée bien moins large que l'action *q. m. c.* : *a*) elle ne se donne jamais que *in simplum*. La peine est toujours égale au préjudice causé *(quanti ea res erit)*; mais le défendeur condamné encourt l'infamie (5). Cette déchéance n'est pas une conséquence du caractère pénal de l'action : il y a des actions *rei persecutoriæ* qui sont *infamantes* (6).

b) L'action de dol est une action subsidiaire : elle se donne à défaut de toute autre voie de recours; elle est exclue même par une action *rei persecutoria*. Le Préteur ne doit pas accorder facilement une action infamante (7).

c) L'action de dol ne se donne qu'après enquête. Le Préteur la refuse en raison soit de la modicité du litige (8), soit de la qualité des parties (9). Mais, dans ce dernier cas, il la remplace par une action *in factum* qui a pour le demandeur le même résultat pratique sans entraîner l'infamie du défendeur.

d) L'action de dol se donne uniquement contre l'auteur du dol, jamais contre les tiers (10). Les héritiers de l'auteur du dol sont tenus d'une action *in factum* dans la mesure de leur enrichissement; cette action n'a rien de pénal, elle est perpétuelle (11).

Sous Justinien, l'action de dol a perdu en partie son caractère pénal. Elle est traitée parfois comme *rei persecutoria;* elle se donne *de peculio* (12). Elle est arbitraire : il dépend du défendeur d'échapper à toute

avoir accepté de mesurer un champ, a, par dol, trompé ses mandants sur la contenance (Ulp., *D.*, XI, 6, 1 pr.).

(1) En 688 Aquilius était président de la *quæstio ambitus* (Cic., *p. Cluent.*, 53, 147) et n'avait pas d'édit à publier. Il faut donc admettre qu'il a été en même temps préteur urbain ou pérégrin. Il est peu vraisemblable, comme le croit Mommsen (*Strafr.*, II, 403), qu'il ait rédigé les formules de dol, en qualité de jurisconsulte.

(2) *De nat. deor.*, 3, 74. Pour l'exception, les textes sont moins précis (cf. Karlowa, II, 1077). Les *formulæ de dolo* dont parle Cicéron sont-elles celles de l'action et de l'exception? Le mot *formula* ne s'emploie guère pour désigner l'exception. L'histoire du chevalier Canius (p. 424, 4) paraît cependant prouver qu'avant Aquilius l'exception n'existait pas. Elle était fort usitée au temps de Labéon (Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4).

(3) Le délai d'un an utile a été, au Bas-Empire, porté à 2 ans continus (Constantin., *C.*, II, 20, 8).

(4) Lab. ap. Ulp., *h. t.*, [*D.*, IV, 3], 9, 4; Ulp., *eod.*, 17, 1.

(5) Ulp., *h. t.*, 1, 4; Table d'Héraclée, l. 111.

(6) *Ibid. : Queive judicio fiduciæ, pro socio, tutelæ, mandati... condemnatus est erit.*

(7) Ulp., *h. t.*, 1, 4; Pomp., ap. Ulp., 7 pr.

(8) On présente souvent l'action de dol comme servant à réprimer tout dommage causé de mauvaise foi à autrui. Il ne paraît pas qu'elle ait eu une application aussi étendue : le Préteur exige que le demandeur fasse connaître le fait dolosif qu'il reproche au défendeur (Paul, *h. t.*, 16). En une matière aussi grave, lorsqu'on exerce une action infamante, on ne peut rester dans le vague : il faut alléguer tout au moins un acte déloyal, un manque de parole (Ulp., *D.*, XI, 7, 14, 2; IV, 3, 34).

(9) Ulp., *h. t.*, 9, 5; Paul, 10; Lab., Ulp., 11, 1; 13, 1. Il en est de même pour l'exception de dol : Cic., *ad Att.*, VI, 1. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 16.

(10) Même règle pour l'exception (Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 33). Cf. p. 393, 1.

(11) Gaius, *h. t.*, 28.

(12) Ulp., *h. t.*, 9, 4a (interpolé). Cf. Biondi, I, 93.

condamnation en donnant satisfaction au demandeur sur l'invitation du juge. Lorsque le dol a été commis par plusieurs, la satisfaction, fournie par l'un sur l'invitation du juge, libère les autres; il en est de même de la condamnation prononcée contre l'un des auteurs du dol et exécutée par lui (1).

2. Exception de dol. — Celui qui a été victime d'un dol lors de la conclusion d'un acte juridique peut, lorsqu'on lui demande l'exécution de sa promesse, se défendre par une exception : *Si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat* (2).

L'usage de cette exception n'a pas été restreint à cette hypothèse : elle sert à faire valoir un droit de rétention ou à réaliser une compensation (3). Les jurisconsultes du IIIᵉ siècle lui ont donné une portée bien plus large : ils permettent de l'opposer à celui qui se prévaut d'un contrat ou d'un testament contrairement à l'intention des parties ou du testateur; à celui qui invoque une obligation sans cause ou contractée en vue d'une cause qui ne s'est pas réalisée; à celui qui exige l'exécution d'un engagement dont il a fait remise par un simple pacte ou auquel il a implicitement renoncé de toute autre manière. Bref, l'exception de dol tient lieu de toute exception *in factum*, telle que l'exception *pacti, non numeratæ pecuniæ, rei venditæ et traditæ* (4). A côté de l'exception *doli specialis*, il y eut dès lors ce que les interprètes appellent l'exception *doli generalis* (p. 867) (5).

3. Restitution. — L'*in integrum restitutio* est parfois accordée à ceux qui ont été victimes d'un dol (6). La principale application concerne le dol commis dans un procès (7). La restitution est ici donnée de

(1) Paul, *h. t.*, 18 pr.; Ulp., 17 pr. Ces textes sont interpolés : si l'invitation à restituer résultait d'une clause arbitraire insérée dans la formule, le texte ne dirait pas que l'*arbitrium judicis* est compris dans les pouvoirs généraux du juge. Puis s'il dépendait de l'auteur du dol d'éviter l'infamie par une restitution, on ne comprendrait pas pourquoi on donne à l'action un caractère subsidiaire, pourquoi vis-à-vis de certaines personnes, on la remplace par une action *in factum*. Cf. Biondi, 80.

(2) Gaius, IV, 119; Ulp., *h. t.*, [XLIV, 4], 2, 1.

(3) L'exception eut, dès l'origine, une application moins étroite que l'action de dol. Le préteur Cassius ne proposa pas d'exception *quod metus c.* parce que l'exception de dol lui parut suffisante (Ulp., *eod.*, 4, 33). La jurisprudence a de bonne heure tiré parti des mots *neque fiat* qui terminent la formule de l'exception et qui supposent un dol présent (*Ibid.*, 15; XLV, 1, 36 : *Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit*). Cf. H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I, 1892.

(4) Ulp., *h. t.*, 2, 3-5 : *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit, nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo ut dolo careat.* Sur ces derniers mots qui paraissent interpolés, cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, 250.

(5) L'option laissée par Ulpien entre l'exception de dol et les exceptions in *factum* n'a pas été, à notre connaissance, admise avant ce jurisconsulte. On a cru trouver dans Pap., *h. t.*, 12, une doctrine analogue à celle d'Ulpien : *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.* Mais Papinien ne parle ici que des *cognitores* et des *procuratores* (Lenel, *Pal.* I, 817); on ne saurait affirmer qu'il ait entendu donner à sa proposition une portée générale.

(6) Ulp., *D.*, IV, 1, 1 : *Prætor hominibus... circumscriptis subvenit sive... calliditate... inciderunt in captionem.* Paul, I, 7, 2; *h. t.*, 25; Jul., *D.*, XI, 1, 18; Pomp., *D.*, XXIII, 3, 6, 2.

(7) Hadr. ap. Callist., *D.*, XLII, 1, 33; Jul., *D.*, II, 10, 3, 1. Il est probable que l'édit perpétuel contenait une clause relative à l'*in integrum restitutio ob dolum*,

préférence à l'action de dol pour éviter au défendeur l'infamie (1).

Sous Justinien, la restitution a été fusionnée avec l'action de dol qui a reçu une large application et qui est devenue une sorte d'action en dommages-intérêts.

VI. Fraude à l'égard des créanciers.

Le mot *fraus* a une double acception : il désigne tantôt un simple préjudice (2), tantôt un dommage causé par dol (3). Dans ce dernier cas, la *fraus* rentre dans la notion du dol, telle qu'on l'entend depuis Labéon (4). Sous la République, alors que cette notion était plus étroite, le mot *fraus* était souvent placé à côté du mot dol (5) : il désignait l'abus de confiance commis par un débiteur insolvable qui faisait une aliénation au préjudice de ses créanciers (6). On a continué, sous l'Empire, à lui donner cette acception (7).

Le préteur a de bonne heure, et tout au moins au temps de Cicéron, pris des mesures pour protéger les créanciers contre l'aliénation faite par leur débiteur en fraude de leurs droits. Il y a de graves difficultés sur la nature des moyens qu'il a employés (8) : elles viennent de ce que les compilateurs les ont fusionnés pour en faire une voie unique de procédure qu'ils ont qualifiée action (9). Suivant l'opinion qui nous semble la plus plausible, le Préteur a créé un interdit restitutoire (10), puis une action personnelle (11), complétée par une *integrum restitutio*.

comme il y en avait une pour l'*in int. rest. ob metum*, mais les textes manquent. On en connaît une application (p. 300, 9). Cf. Diocl., *C.*, IV, 44, 10; 5; 8; II, 36, 3, 1; VIII, 43, 3 (rapproché de Ulp., *h. t.*, 1, 7). Sur ces textes, Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco* c. 30-32. et l'*in integrum restitutio*, 1908, p. 21. Dareste, *Mél. Graux*.

(1) Marcel., *D.*, IV, 1, 7, 1.

(2) Ulp., *D.*, IV, 6, 26, 2. Cf. p. 100.

(3) Cic., *De off.*, II, 33; *p. Rosc. Am.*, 144; Pap., *D.*, VI, 1, 63.

(4) Ulp., *D.*, II, 14, 7, 10 : *Sed eleganter Labeo ait hoc... supervacuum... inest enim dolo et fraus*; Lab., ap. Pomp., *D.*, XIII., 7, 3.

(5) Cic., *p. Flacco*, 75; Cæs., *De b. civ.*, II, 14; Val. Prob., 5, 6.

(6) Cic., *Phil.*, VI, 4, 4, : *Quæ potest esse major fides quam fraudare creditores.*

(7) Scæv., *D.*, XXXII, 37, 3; Paul, *D.*, XVII, 2, 3, 3.

(8) Le texte de l'édit est dans Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLII, 8], 1 pr.; 10 pr.; Cf. Gradenwitz, *Sav. Z.*, VIII, 255; Karlowa, II, 1402. Lenel, *E. P.*, 429; 475.

(9) Pour retrouver, dans la mesure du possible, les règles propres à l'interdit ou à l'action, il faut remarquer que les commentateurs de l'Edit les ont étudiées dans des livres différents. *Action* : Ulpien, 66; Paul, 62; Gaius, 23; Julien, 47. *Interdit* : Ulpien, 73; Paul, 68; Julien, 49; Venuleius, *de interdictis*.

(10) D'après Solazzi, l'interdit est postérieur à l'action : il a un caractère restitutoire (cf. Constantin, *C. Th.*, II, 16, 1), tandis que l'action est pénale; il n'exige pas la coopération du tiers acquéreur : il se donne même en cas d'omission frauduleuse (*Studi e doc.*, 1901, p. 315; 1902, p. 101 ; *Bull. dir. R.*, XX, 137). Cette opinion est peu vraisemblable, car l'interdit a une portée moins large que l'action; s'il a subsisté après la création de l'action, c'est qu'il présentait quelques avantages.

(11) D'après Lenel (II, 178), l'Edit ne promet pas d'action; il promet seulement une restitution qui peut donner lieu à une action fictice rescisoire de l'aliénation ou de la libération. Cette action, qui résulte de l'interdit fraudatoire, est arbitraire, mais la clause arbitraire y est rédigée autrement que dans les actions analogues; c'est en raison de cette particularité que l'action a reçu un nom spécial. Il est difficile d'admettre cette solution : si l'Edit promet une restitution, il ne peut s'appliquer aux débiteurs pour lesquels la restitution serait sans objet; le texte dit cependant le contraire (*h. t.*, 1 pr. *in fine*); puis l'action oblige le défendeur à rendre tous les fruits antérieurs à la *litis contestatio* (Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 4); l'interdit ne l'oblige à rendre que les fruits *fundo cohærentes*. Cf. Solazzi, *loc. cit.*

§ 1er. **Interdit fraudatoire.** — A la requête des créanciers (1) et pendant un an utile à dater de la vente, le Préteur ordonne au tiers acquéreur de mauvaise foi (2) de restituer les biens aliénés *fraudandi causa*. Sinon il accorde aux créanciers une action arbitraire pour faire condamner le tiers acquéreur à payer une indemnité égale à la valeur du fonds aliéné et des fruits pendants au jour de l'aliénation (3).

§ 2. **Action Paulienne.** — L'édit sur l'interdit fraudatoire prévoit uniquement l'aliénation frauduleuse des choses corporelles appartenant au débiteur *(in bonis)*. Il ne s'applique pas à l'aliénation au sens large du mot, c'est-à-dire à tout acte qui diminue le patrimoine. Un édit plus général vise tous actes frauduleux commis par le débiteur : *quæ fraudationis causa gesta sunt* (4). Le Préteur promet ici au *curator bonorum* ou à toute autre personne qu'il jugera utile, une action en réparation du préjudice causé. La mention du *curator bonorum* (5) prouve qu'il s'agit d'un débiteur dont les biens ont été l'objet d'un envoi en possession.

Cette action, qui a reçu des compilateurs le nom de Paulienne (6), est donnée soit contre le tiers qui a participé à l'acte frauduleux, soit contre le débiteur. Elle n'a chance d'avoir un résultat pratique qu'à l'égard du tiers; vis-à-vis du débiteur, elle fournit un moyen de le punir de sa fraude (7) : faute d'exécuter la condamnation, il sera enfermé, avec l'autorisation du magistrat, dans une prison privée. L'action est une action personnelle (8), *in fac-*

(1) L'interdit peut aussi être accordé à chaque créancier en particulier : Pap., *D.*, XLVI, 3, 96 pr.; Valens., *D.*, XXXVI, 1, 67, 2. Cf. Lenel, II, 248.

(2) Ulp., 10, 2-5, 18. Vis-à-vis de l'acquéreur de bonne foi, le Préteur donne seulement une action *in factum* après enquête. Lenel (II, 246, 3), Gradenwitz (*loc. cit.*) pensent qu'il y a ici une interpolation et que l'édit contenait le mot *interdicam*. Il est peu vraisemblable qu'on ait créé une nouvelle action à côté des deux voies de procédure déjà admises.

(3) Ulp., 10, 6-8, 19-23; Jul., 17, 1; Venul., 25, 1, 4-6; Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 4.

(4) Ulp., *h. t.*, 1 pr. et 1, 2. Cf. C. civ. 1167.

(5) Il s'agit ici du *curator bonorum vendendorum* nommé d'abord par le *magister* (cf. *Lex agraria* de 643, l. 57; Treb., Ofil., ap. Paul, *D.*, XVII, 1, 22, 10), puis par le Préteur; cf. p. 233, 8; Lenel, II, 179.

(6) Paul., *D.*, XXII, 1, 38, 4; cf. Theoph., *Paraph.*, IV, 6, 6; Basil., LX, 5, 36. Cette action existait au temps de Labéon (p. 99, 11) et même de Cicéron (*ad Att.*, I, 1, 3) : *Cæcilius... a Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum ejus fratre ... de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret.*

(7) L'action Paulienne semble être une action pénale : elle est motivée par le dol commis au préjudice du créancier : *dolus ei duntaxat nocere debet qui eum admisit* (Paul., *h. t.*, 9). Mais elle n'a conservé ce caractère qu'à l'égard du débiteur *fraudator* (Venul., *h. t.*, 25, 7). Dans tout autre cas, elle tend à rétablir le patrimoine du débiteur dans son intégrité, à révoquer l'acte frauduleux (Ulp., *h. t.*, 1, 1; Paul, 7; Lab., 6, 10). Elle ne se donne pas *noxaliter* (Paul, *h. t.*, 6, 12). On ignore si elle est intransmissible passivement, si elle se donne contre les héritiers dans la mesure de leur enrichissement. Les textes ne s'expliquent à ce sujet que pour l'interdit fraudatoire (Ulp., *h. t.*, 10, 24-25; Venul., 11) : or, l'action exercée en vertu de cet interdit contre le tiers acquéreur est destinée *rei restituendæ gratia, non pœnæ nomine* (Lab., ap. Ven., *h. t.*, 25, 1). D'après Lenel (II, 247), l'action donnée contre le *fraudator* est une action distincte, une action utile.

(8) Les classiques lui attribuent ce caractère (Paul, *D.*, XXII, 1, 38 pr., 4). Justinien, au contraire, semble la ranger parmi les actions réelles, tout au moins dans le cas où elle tend à faire révoquer une aliénation (*Inst.*, IV, 6, 6). Mais cette action n'est donnée que *rescissa traditione*, elle permet aux créanciers de revendiquer l'objet, comme s'il n'y avait pas eu tradition translative de propriété. De plus, elle est donnée non pas contre tout tiers détenteur, mais seulement contre

tum (1), arbitraire (2). Quatre conditions sont requises pour exercer efficacement cette action : *a*) que le débiteur se soit appauvri (3), soit par un acte positif (contrat, numération de deniers, acceptilation, pacte de remise) (4), soit par une abstention (perte d'une servitude par non-usage, péremption d'instance, non-exercice d'une action temporaire) (5). S'il a négligé de s'enrichir, l'action n'est pas recevable (répudiation d'une hérédité, d'un legs, d'une donation) (6). *b*) Qu'il y ait préjudice pour les créanciers *(eventus damni)* (7). Ils prouveront ce préjudice en montrant que le produit de la vente des biens du débiteur est insuffisant pour les désintéresser. *c*) Que le débiteur ait agi en connaissance de cause *(consilium fraudis)*. Il suffit d'établir que le débiteur a su qu'il se rendait insolvable ou qu'il augmentait son insolvabilité (8). *d*) Que le tiers qui a participé à l'acte frauduleux (9) soit complice de la fraude *(conscius fraudis)* (10). On ne considère pas comme tel le créancier qui, connaissant la situation du débiteur, s'est fait payer ce qui lui est dû avant l'envoi en possession : *sibi enim vigilavit* (11). La jurisprudence a de bonne heure fait une situation à part au tiers acquéreur à titre gratuit : s'il n'est pas complice de la fraude, elle le déclare obligé

celui à qui le débiteur a livré la chose. Il s'agit donc ici, non pas d'une action réelle, mais d'une *in integrum restitutio*.

(1) Lenel (II, 182) et Voigt (I, 763, 79) la considèrent comme fictice à cause de *Inst.*, IV, 6, 6, qui d'après eux se réfère à l'action Paulienne : si Justinien classe l'action dont il parle parmi les actions réelles, c'est qu'il a pris l'apparence pour la réalité. En faveur de l'opinion contraire, on peut invoquer l'analogie qui existe entre l'action Paulienne et l'action Fabienne : la première doit être *in factum* comme la seconde.

(2) Ici encore on peut invoquer l'analogie avec l'action Fabienne. Frg., *de formula Fabiana* (*P. Vienne*, 1) : *Formula qa[a]s]i] ex delicto venerit liberti et est in fa[ctum et ar]bitraria*. Paul, *D.*, XXXVIII, 5, 5. 1. L'action exercée en vertu de l'interdit fraudatoire est aussi arbitraire (Venul, *h. t.*, 8; Ulp., 10, 19-29; 14).

(3) L'adition d'une hérédité, même si le passif excède l'actif, ne peut être attaquée par l'action Paulienne. Le Préteur peut cependant, à titre exceptionnel, venir *extra ordinem* au secours des créanciers. Ulp., *D.*, XLII, 6, 1, 5.

(4) Ulp., *h. t.*, 1, 2. Le débiteur qui paye sa dette ne saurait être critiqué.

(5) Ulp., 3, 1; cf. Paul, *h. t.*, 4; Ce texte est relatif à l'interdit; le premier a peut-être été interpolé. Cf. Solazzi, 332.

(6) Ulp., *h. t.*, 6 pr. : *Pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum non ad eos qui agant ne locupletentur*. (Ulp., 6, 1-5; Jul., 6, 4). Il en est autrement en droit moderne. C. civ., 788.

(7) L'affranchissement d'un esclave en fraude de ses créanciers hypothécaires (Sev., Carac., *C.*, VII., 8, 3; Paul, *D.*, XL, 1, 3; Ulp., *D.*, XL., 9, 4) est nul, et non pas seulement révocable.

(8) La fraude n'existe qu'à l'égard des créanciers antérieurs à l'aliénation. Jul., *h. t.*, 15; 17, 1; Ulp., 10, 1.

(9) Paul, *h. t.*, 9, suivant l'opinion de Sabinus, refuse l'action Paulienne contre le sous-acquéreur de bonne foi.

(10) Ulp., *h. t.*, 1 pr. : *Cum eo qui fraudem non ignoraverit*. Cette condition est développée par Ulpien à propos de l'interdit fraudatoire (10, 2-5). Mais pour cet interdit, une clause spéciale de l'édit réservait au Préteur le droit de le donner après enquête même contre un tiers qui ne serait pas complice (Ulp., 10 pr., *in fine*). Dans le cas d'une aliénation faite *dotis causa*, certains jurisconsultes, appliquant la doctrine admise pour l'action, pensaient que l'interdit devait toujours être donné contre la femme, comme si elle avait reçu une donation (Venul, *h. t.*, 25, 1.) Sur l'interpolation de ce texte, cf. Biondi, *Sulle actiones arbitrariæ*, I, 192.

(11) Jul., ap, Ulp., *h. t.*, 6, 7; cf. Lab., 6, 6 : *Eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere*. Si le créancier s'est fait payer avant l'échéance, un texte relatif à l'interdit fraudatoire (Ulp., 10, 12) décide que le créancier devra tenir compte du bénéfice que lui a procuré ce payement anticipé.

dans la mesure de son enrichissement. L'action est donnée contre lui à titre d'action utile (1).

Le défendeur condamné est tenu d'indemniser les créanciers de la totalité du préjudice causé (2), alors même qu'il n'aurait pas conservé le bénéfice de l'acquisition : il est en effet obligé en raison de son dol (3). Mais cette responsabilité est limitée à une année à dater de la vente des biens du débiteur (4).

§ 3. *In integrum restitutio*. — Le Préteur a complété la protection accordée aux créanciers en leur promettant une *in integrum restitutio ob fraudem*. En cas d'insolvabilité du défendeur, il rescinde l'aliénation faite à leur préjudice (5).

§ 4. **Clauses complémentaires.** — Indépendamment des dispositions qui précèdent, l'édit contenait deux clauses relatives : l'une aux contrats conclus frauduleusement par le débiteur après la *bonorum venditio;* l'autre, aux poursuites qui peuvent être exercées contre lui en raison de ses engagements antérieurs.

Dans le premier cas, le Préteur déclare qu'il refusera toute action au créancier qui a traité en connaissance de cause; s'il y a doute, le *bonorum emptor* opposera l'exception *fraudatorum creditorum*. Dans le second cas, le Préteur restreint le droit des créanciers pendant l'année qui suit la *bonorum venditio :* ils ne peuvent agir contre le débiteur que dans la mesure de ses facultés. C'est un bénéfice de compétence qui est accordé au débiteur sans qu'il ait fait cession de biens, mais il n'en jouit que pendant un an (6).

CHAPITRE X

Les obligations quasi-délictuelles.

Sous cette dénomination, les rédacteurs des Institutes, à l'exemple de Gaius, désignent des obligations imposées par la loi, et qui semblent résulter d'un délit (7).

I. *Litem suam facere*.

D'après les Douze Tables, le juge qui ne remplit pas son devoir fait le procès sien. Si par exemple il ne se rend pas au forum aux jour et

(1) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 6, 12 ; Ulp., 6, 11 (donataire); Proc., 6, 13 (légataire).

(2) Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 4 : *Fructus quoque restituuntur*.

(3) Sévère et Caracalla ont étendu à l'Egypte l'application de l'action Paulienne ; *P. Lond.*, III, n° 1157, v°. Cf. Ed. Cuq, *N. R. H.*, XXXII, 285.

(4) Ulp., *h. t.*, 6, 14. D'après l'édit, le délai court du jour *quo experiundi potestas fuerit :* or, les créanciers ne peuvent agir avant d'avoir la preuve du préjudice.

(5) Cette restitution est visée dans *Inst.*, IV, 6, 6 ; Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 4 ... *Prætor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset*. Cf. Const., *C.* V, 75, 1, 1 : *Universis bonis excussis revocatisque, quæ eum in fraudem alienasse constiterit*.

(6) Ulp., *D.*, XLII, 5, 25 ; XII, 2, 9, 5. Dioecl., *C.*, VII, 75, 6.

(7) *Inst.*, IV, 5.

heure fixés par le magistrat sans s'être fait excuser et avoir obtenu un délai *(vacatio)* (1), s'il n'observe pas les règles prescrites pour l'ajournement des plaideurs (2), il est obligé comme s'il avait commis un délit. L'effet de cette obligation est caractérisé par l'expression : *judex litem suam facit.* Le juge supporte les risques du procès aux lieu et place du défendeur. Il est vraisemblable qu'on l'assimilait au *judicatus* : le demandeur avait contre lui la *manus injectio.*

Lorsqu'un juge manquait gravement à son devoir (sentence rendue sciemment en fraude de la loi, ou dictée par la faveur, l'inimitié, la vénalité), on lui appliquait la règle sur le *litem suam facere* (3), sans préjudice des poursuites qui pouvaient être dirigées contre lui en vertu des lois criminelles. On ne tarda pas à s'apercevoir qu'il était excessif de traiter de la même manière des faits aussi graves et les petites irrégularités que devaient commettre fréquemment des juges qui étaient, non pas des fonctionnaires, mais de simples citoyens.

A la disposition trop rigide des Douze Tables, l'édit du Préteur substitua une règle plus souple : il créa une action *in factum* qui permit de graduer la peine suivant les circonstances (4). Le juge était condamné à une somme très minime si l'irrégularité commise était de peu d'importance; la condamnation pouvait, dans les cas les plus graves, s'élever jusqu'à la valeur du litige (5). Alors seulement, le juge faisait vraiment le procès sien. Mais ces cas étant exceptionnels, on continua à considérer comme donnant naissance à une obligation quasi-délictuelle le *litem suam facere,* bien que cette qualification s'appliquât aussi à des actes constituant de véritables délits. Dans leur définition du *litem suam facere,* Gaius et Justinien visent uniquement les faits les moins graves, tout au plus l'ignorance ou l'impéritie du juge (6).

L'action prétorienne est intransmissible : elle ne se donne pas contre les héritiers du juge (7). Si le juge est un fils de famille, il est tenu jusqu'à concurrence de la valeur du pécule au jour où il a fait le procès sien (8).

II. Édits *de positis et suspensis, de effusis et dejectis.*

La sécurité de la voie publique est protégée par l'édit du Préteur et par celui des édiles.

1. Un édit antérieur à Cicéron défend de placer sur l'entablement ou sur l'avant-toit d'une maison, un objet dont la chute sur la voie publique est susceptible de causer un dommage (9). Le contrevenant

(1) Macrob., *Sat.*, II, 12. Ulp., *D.*, L, 5, 13; V, 1, 18 pr. Cf. Lenel, I, 187.
(2) Gell., XIV, 8, 2.
(3) Ulp., *D.*, V, 1, 15, 1. Cf. Karlowa, II, 1349.
(4) Gaius, *D.*, L, 13, 6 *Quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit.*
(5) Ulp., *D.*, V, 1, 15, 1. *Ut veram æstimationem litis præstare cogatur.*
(6) Gaius, *D.*, XLIV, 7, 5, 6; *Inst.*, IV, 5, 1. *C.*, II, 3, 29, 1.
(7) Julien était d'un avis contraire, vraisemblablement parce qu'il attribuait à l'action prétorienne le même caractère qu'à l'action *judicati.* (Ulp., *D.*, XLII, 1, 6, 3; V, 1, 15, 1).
(8) *D.*, V. 1, 15 pr.
(9) Ulp., *h. t.*, [*D.*, IX, 3], 5, § 6, 10 et 13.

est passible d'une peine de 10 000 sesterces. L'action donnée contre lui est populaire et pénale (1).

2. Le Préteur n'a pas trouvé suffisante la peine de la loi Aquilia lorsque le dommage a été causé par un objet jeté ou tombé *(dejectum, effusum)* d'un appartement sur la voie publique (2). Il a créé une action qui se donne au double, même quand il n'y a pas *infitiatio*, et qui n'exige pas la preuve d'une faute (3) : il suffit qu'il y ait imprudence. Est responsable du dommage la personne qui habite l'appartement à un titre quelconque, sauf le voyageur de passage; elle a d'ailleurs, le cas échéant, un recours contre le délinquant. Si c'est un esclave qui a jeté l'objet à l'insu de son maître, celui-ci peut faire l'abandon noxal (4). Si plusieurs personnes habitent le même appartement, elles sont tenues solidairement, mais la poursuite dirigée contre l'une libère les autres (5). Si l'*habitans* est un esclave, il est puni *extra ordinem* (6).

S'il y a eu mort d'un homme libre, l'édit a créé une action populaire, annale, intransmissible, entraînant une peine de 50 000 sesterces. En cas de blessures, la victime reçoit une indemnité déterminée par le juge : on y comprend les honoraires du médecin et tous les frais de maladie, le salaire dont elle a été privée pendant le temps où elle a été hors d'état de travailler. L'action est ici *in bonum et æquum concepta*, intransmissible activement, perpétuelle lorsqu'elle est exercée par la victime, annale, si par toute autre personne (7).

3. On peut rapprocher de ces dispositions une clause de l'édit des édiles qui défend de tenir certains animaux dangereux (lion, panthère, ours, etc.) dans un endroit où tout le monde peut passer. En cas de contravention, s'il y a mort d'un homme libre, la peine est de 200 000 sesterces; si la victime est seulement blessée, on lui donne une action *in bonum et æquum concepta*. Pour tout autre dommage, l'action est limitée au double (8).

(1) Si l'objet a été placé ailleurs que *in subgrunda protectove* et par un autre que le propriétaire ou l'habitant, et qu'un dommage ait été causé, l'action est donnée contre l'auteur du dommage à titre d'action utile (SERV., ap. ULP., *h. t.*, 5, 12. Cf. CUJAS, III, 610). Si la contravention a été commise par un esclave à l'insu de son maître, celui-ci peut recourir à l'abandon noxal; dans le cas contraire, le maître est tenu en son nom personnel.

(2) L'édit s'applique même aux voies privées ouvertes au public *(quo vulgo iter fit)*. Il a été étendu au cas où le dommage a été causé par un objet lancé d'un navire (*h. t.*, 1 pr., 1-2; 6 pr., 3).

(3) ULP., *h. t.*, 1, 3-4. L'action *de effusis et dejectis* est traitée à certains égards comme une action délictuelle : elle est intransmissible passivement bien qu'elle soit perpétuelle (GAIUS, *D.*, XLIV, 7, 5, 5).

(4) ULP., *h. t.*, 1, 7-9; TREBAT., LAB., ap. ULP., 5, 1; 5, 4.

(5) ULP., *h. t.*, 1, 10; 3; 5 pr., 2.

(6) *Ibid.*, 1, 8. L'action noxale n'est pas possible *cum servus nihil nocuerit*.

(7) GAIUS, *h. t.*, 7; ULP., 1, 5 et 7.

(8) *D.*, XXI, 1, 40, 1; 41; 42. *Inst.*, IV, 9, 1. Le texte de l'édit a été altéré : les mots *vel minorem aprum* sont inadmissibles. Il est probable qu'ils ont été ajoutés par un copiste qui n'était pas certain du mot précédent *verrem*. Cf. SCIALOJA, *Bull. dir. R.*, XIII, 75.

III. Dommage causé *injuria* ou vol commis par les gens au service d'un armateur, hôtelier, maitre d'écurie.

Gaius et Justinien considèrent comme quasi délictuelle l'obligation imposée par le Préteur aux armateurs, hôteliers, maîtres d'écurie pour les rendre responsables du dommage causé *injuria* (1) ou du vol (2), commis par les gens à leur service. Ils sont en faute d'avoir choisi des personnes dont ils ne sont pas sûrs (3). Cette obligation est sanctionnée dans les deux cas par une action *in factum*. L'action est pénale, perpétuelle, intransmissible; elle entraîne une condamnation au double (4), Dans le cas de dommage causé *injuria*, le simple se calcule comme dans l'action de la loi Aquilia, d'après la plus haute valeur de la chose dans l'année ou dans les 30 jours qui précèdent (5). L'armateur, l'hôtelier, le maître d'écurie peuvent se soustraire à l'obligation imposée par le Préteur en avertissant les voyageurs qu'ils déclinent toute responsabilité pour le dommage causé aux objets qui leur sont confiés (6). En cas de vol, leur responsabilité s'étend au cas où les gens de service ont été complices du délit. Si le coupable est un esclave de l'armateur, celui-ci peut se libérer par un abandon noxal (7).

CHAPITRE XI

Les actions noxales.

I. Actes illicites commis par une personne *alieni juris*.

Dans l'ancien droit, les actes illicites, commis par une personne en puissance (fils ou fille de famille, esclave, femme *in manu*, personne *in mancipio*) (8), sont réprimés suivant les cas d'une manière différente.

a) En cas de vol manifeste commis par un esclave, le voleur peut être tué sur-le-champ. Si l'esclave réussit à s'échapper, ou si le vol manifeste est commis par un fils de famille, la victime doit s'adresser au magistrat : la vengeance publique est substituée à la vengeance

(1) *D.*, IV, 9, 7. Si le dommage a été causé par l'esclave d'un matelot, l'action est donnée contre l'armateur à titre d'action utile. Ulp., *eod.*, 7, 3.

(2) *D.*, XLVII. 5, 1 pr.

(3) Ulp., *D.*, IV, 9, 7, 4; XLVII, 5, 1, 6.

(4) *Ibid.*, IV, 9, 7, 1; XLVII, 5, 1, 2. Si l'armateur est un esclave, l'action se donne *de peculio* contre le maître. (Paul, *D.*, IX, 4, 19, 2); elle s'éteint au décès de l'esclave. Le maître est tenu *in solidum* lorsque l'esclave s'est conformé à sa volonté en s'occupant d'armement. Paul, *D.*, IV, 9, 7, 6.

(5) Conjecture de Lenel (II, 234), fondée sur Paul, *eod*, 6, 2, qui oppose l'estimation faite par le Préteur dans l'action *de recepto* et celle de la loi Aquilia (p. 517, 9).

(6) Ulp., *D.*, IV, 9, 7 pr.

(7) Ulp., *D.*, XLVII, 5, 1 pr.; 1,5. Cf. Lenel, II, 56.

(8) Gaius, IV, 75. La faculté d'abandon noxal pour ces deux dernières classes de personnes a été contestée par Mandry (*Familiengüterrecht*, II, 348) qui, dans Gaius, IV, 80, lit *ex [deli]cto* au lieu de *ex [contra]ctu*. Cette correction n'est pas justifiée. Cf. Schlesinger, *Z. Rg.*, VIII, 59; Girard, *N. R. H.*, XI, 424.

privée. Le délinquant est livré au magistrat pour être battu de verges; puis l'esclave est précipité du haut de la roche Tarpéienne; le fils est attribué à la victime du vol pour être vendu à l'étranger (1).

b) En cas d'injure, la victime n'a pas de recours en justice. Elle doit porter plainte au chef de famille qui, en qualité de magistrat domestique, punira le délinquant en sa présence (2). Par exception, si l'injure consiste dans la lésion d'un membre, la victime a le droit d'appliquer la peine du talion, comme pour les personnes *sui juris*.

c) Il y a deux cas seulement où l'acte illicite, commis par une personne en puissance, donne lieu à une obligation : vol non manifeste, dommage causé à autrui (3). Mais comme l'auteur du délit n'a pas de biens propres, la victime a le droit d'agir en justice contre son chef de famille. Cette action est appelée *noxale*, parce qu'elle a pour but d'obtenir une satisfaction *(noxa)* pour le préjudice causé (4). Le chef de famille a le choix entre deux partis : payer une somme d'argent fixée par le juge, ou livrer à la victime le délinquant à titre de réparation *(noxæ dedere)* (5). La loi ne veut pas qu'il soit obligé de payer une somme supérieure à la valeur des services que pourrait lui rendre l'auteur du délit.

C'est une question très discutée de savoir à quel titre cette action est exercée contre le chef de famille. L'action noxale n'est pas la sanction d'une faute qu'il aurait commise en négligeant de surveiller la personne placée sous sa puissance; elle se donne souvent contre une personne qui n'a rien à se reprocher puisqu'elle n'avait pas la puissance au moment où le délit a été commis. A notre avis, la création de l'action noxale est une conséquence de la notion primitive de l'obligation (6). A l'époque antique, l'obligation confère un droit de maître, le droit d'utiliser les services du débiteur pour obtenir la satisfaction promise. L'obligation ainsi conçue s'applique même aux animaux. Mais elle ne peut s'exercer contre les personnes *alieni juris* ni contre les animaux sans porter atteinte au droit de leur maître : c'est pour ré-

(1) Gaius, III, 189; Gell., XI, 18.

(2) Cf. Plaut., *Mil.* 503. Lorsque plus tard l'action d'injures est devenue noxale, la victime conserva la faculté d'opter entre cette action et un châtiment corporel infligé au gré du magistrat (Ulp., *D.*, XLVII, 10, 17, 4-5). Il en est de même pour l'action de la loi Plætoria : Paul, *D.*, IV, 4, 24, 3.

(3) Ulp., *h. t.*, *D.*, IX, 4, 2, 1 : *Si servus furtum faxit noxiamve nocuit.* Pomp., *D.*, XXX, 45, 1. Exemples de *noxia* : l'incendie par imprudence, quelques dommages analogues à ceux qui furent plus tard réprimés par la loi Aquilia.

(4) Sur la distinction primitive de *noxia*, dommage, et de *noxa*, réparation du dommage, distinction qui a disparu dès la fin de la République, cf. Ed. Cuq, v° Noxa, *Dict. Antiq.*, IV, 112.

(5) Gaius, IV, 75; I, 140 : *Hunc actor pro pecunia habet.*

(6) Cette idée explique seule deux règles qui ont subsisté jusqu'à l'époque classique : 1° Si un fils commet un tort au préjudice de son père, un esclave au préjudice de son maître, l'action noxale n'est pas possible, parce qu'une obligation, dit Gaius (IV, 78), ne peut prendre naissance entre moi et celui qui est sous ma puissance; 2° le fils de famille qui a commis un délit est considéré comme débiteur d'une somme égale au préjudice causé ou de la peine pécuniaire qu'il a encourue. Lorsque son père en a fait l'abandon noxal, le fils a droit à être libéré dès que, par son travail, il a acquitté sa dette (Pap., *Coll.*, II, 3, 1). Ceux qui pensent que l'abandon noxal avait pour but de livrer le coupable à la vengeance de l'offensé, sont obligés de reconnaître que le point de vue a changé (Girard, 721). Mais rien ne prouve cette transformation. Cf. de Visscher, *Rev. gén.*, XLII, 18; *RH.*, V, 322.

soudre le conflit que la victime du dommage est autorisée à citer en justice celui qui a le délinquant sous sa puissance au moment du procès. C'est aussi parce que le droit de la victime participe à la nature des droits réels qu'il entraîne un droit de suite (1).

L'usage des actions noxales a été étendu sous la République. La loi et l'Edit du Préteur l'ont appliqué aux nouveaux délits privés (dommage causé *injuria, circumscriptio* des mineurs de 25 ans, vol avec violence, dol, *metus*) et aux délits anciens qui ont reçu une sanction nouvelle (injure, vol manifeste). La jurisprudence s'est efforcée de l'adapter à la notion nouvelle de l'obligation, mais cette adaptation a eu pour effet d'en restreindre l'application : l'action noxale n'est possible que si l'auteur du délit a eu la volonté de le commettre; elle est exclue s'il est en état de démence ou d'un âge voisin de l'enfance (2).

Le droit classique a conservé l'usage des actions noxales (3). Justinien l'a aboli à l'égard des personnes libres; il ne l'a conservé que pour les dommages causés par les esclaves ou par les animaux (4).

§ 1er. Condition requise pour être tenu de l'action noxale. — 1. Ancien droit. — Le chef de famille n'est pas tenu personnellement de cette action; elle ne peut être exercée contre lui que si l'auteur du délit est sous sa puissance au moment de la *litis contestatio*. Ainsi le veut la règle *Noxa caput sequitur :* la réparation du dommage suit la personne qui a l'auteur du délit en sa puissance (5). Conséquences :

a) Si le délinquant change de maître ou de famille par une aliénation, par l'effet de la *manus* ou de l'adoption, le chef qui l'avait sous sa puissance au moment où l'acte illicite a été commis ne peut plus être poursuivi : l'action noxale doit être exercée contre le nouveau chef de famille du délinquant; *b*) le citoyen *sui juris* qui se donne en adrogation ou devient esclave après avoir commis un délit, ne peut plus être directement poursuivi (6); mais son père adoptif ou son maître est passible d'une action noxale; *c*) si l'esclave auteur du délit est affranchi, c'est lui qui doit être poursuivi et non son ancien maître; l'action cesse

(1) On a essayé d'expliquer la création de l'action noxale par un souvenir du système de la vengeance privée admis dans les sociétés primitives. Ihering, I, 132; Bekker, *Aktionen*, I, 183; Girard, *Mélanges*, II, 353. Cette explication est insuffisante : *a*) l'action noxale n'est pas donnée par la loi dans le cas où la vengeance privée devrait surtout s'exercer, en cas d'injure; *b*) elle n'est admise que dans les cas qui imposeraient au délinquant, s'il était *sui juris*, l'obligation de réparer le dommage causé ou de payer une peine pécuniaire servant en partie à indemniser la victime; *c*) l'abandon noxal ne confère pas le droit de châtier l'auteur du délit. On a invoqué en sens contraire Ulp., *D.*, XLVII, 2, 17 pr. : on n'a pas besoin de plaider contre une personne qu'on a le droit de punir. Mais le droit de statuer contre le délinquant n'est autre chose que le droit de juridiction, que le père possède comme magistrat domestique et qui rend inutile l'action en justice. La peine infligée par lui au voleur n'est pas nécessairement corporelle : ce peut être une peine pécuniaire comme le retrait total ou partiel du pécule.

(2) Au temps de Domitien, certains jurisconsultes soutenaient encore que le fou devait réparation du dommage causé *injuriâ*. Pegasus fit écarter cette manière de voir. Ulp., *D.*, IX, 2, 5, 2.

(3) Ulp., *D.*, XLVII, 1, 1 et 2. Une action contractuelle est parfois donnée *noxaliter*, lorsqu'un esclave remis en gage, confié en dépôt ou prêté, a commis un délit. Afr., *D.*, XLVII, 2, 62, 1. Cf. Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 11.

(4) *Inst.*, IV, 8, 7. A l'exemple du droit grec : *P. Hal.* 1.

(5) Paul, II, 31, 8-9; Cels., ap. Ulp., *D.*, IX, 4, 2, 1.

(6) Gaius, IV, 77, 78.

d'être noxale, et devient directe. Même décision pour le fils émancipé depuis qu'il a commis l'acte illicite (1); *d*) le droit de la victime s'éteint à la mort du délinquant (2). Si la mort a lieu au cours du procès, le chef de famille est libéré par la remise du cadavre (3).

2. Droit classique. — L'action noxale peut être exercée, non seulement contre le propriétaire de l'esclave, mais même contre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi (4). Mais l'application en est restreinte par deux nouvelles conditions : *a*) Il faut que le défendeur ait la possibilité d'exhiber l'auteur du délit (5). Si donc l'esclave est en fuite, l'action n'est pas recevable; s'il est absent, on fait constater par une *interrogatio in jure* s'il est sous la puissance et en la propriété du défendeur (6). Cette restriction ne s'applique pas à l'action de la loi Aquilia (7). *b*) Il faut que l'auteur du délit n'ait été sous la puissance de sa victime ni au moment où le délit a été commis, ni à une époque ultérieure (8).

Lorsque le maître refuse de défendre à l'action noxale ou est absent, le magistrat autorise la victime à emmener chez elle l'auteur du délit (9). Si le maître est présent, le demandeur peut exiger la mancipation et la caution *de dolo;* en cas de refus, le magistrat donne contre le maître une action sans la faculté de faire abandon noxal.

Par exception, le maître est tenu pour le tout, même si l'esclave n'est plus en sa puissance : lorsque le dommage a été causé par son ordre ou à sa connaissance (10); lorsqu'il a cessé par dol de posséder; lorsqu'il a par dol nié avoir l'esclave en sa puissance (11).

Si l'esclave est mort après la *litis contestatio,* la situation du maître varie suivant que la mort est ou non le résultat d'un délit. Dans le premier cas, il doit céder ses actions à la victime (12); dans le second, il doit faire l'abandon noxal total ou partiel du cadavre (13).

(1) Ulp., *D.*, IV, 5, 2, 3; Paul, *eod.*, 7, 1 : *Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.*

(2) Jul., *h. t.*, 39, 4; Ulp., *eod.*, 42, 1.

(3) Gaius, IV, 81. Frg. d'Autun, IV, 82-84.

(4) Gaius, *h. t.*, 13; Ulp., *eod.*, 11.

(5) Ulp., *eod.*, 21, 3; Paul, II, 31, 37.

(6) P. 873. Lorsque l'esclave est grevé d'un usufruit ou d'une hypothèque, l'usufruitier, le créancier hypothécaire a la faculté de défendre à l'action noxale pour la conservation de son droit. Paul, *h. t.*, 26, 6; Gaius, 27 (p. 665, 5).

(7) Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 3. On ignore pourquoi. Cf. Lenel, I, 180, 13.

(8) Gaius, IV, 78. *Inst.*, IV, 7, 6. Les Proculiens, au contraire, étaient d'avis que l'action était simplement paralysée et pouvait être intentée lorsque l'auteur du délit cessait d'être sous la puissance de la victime.

(9) Callist., *h. t.*, 32; Ulp., *D.*, IX, 1, 1, 16.

(10) Sab., ap. Gell., XI, 18; Paul, *D.*, L, 17, 169 pr. Avant la loi Aquilia, le maître n'était pas personnellement obligé lorsqu'il avait eu seulement connaissance du délit (Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 2, 1). Plus tard, on a considéré le maître comme obligé lorsqu'il a donné après coup son approbation, ou qu'il a refusé de punir le coupable (Sab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 14).

(11) Ulp., *h. t.*, 2 pr.; 22, 1. Conséquence : le maître reste tenu après l'aliénation, l'affranchissement ou la mort de l'esclave. *Ibid.*, 5, 1.

(12) Ulp., *D.*, IX, 1, 16.

(13) C'est à la paraphrase de Gaius (frg. d'Autun, 82, 83) que l'on doit la connaissance de cette règle. On a voulu sans doute conserver au père de famille le droit de punir le délit commis par son fils ou par son esclave, en infligeant la peine de mort. Il ne pouvait dépendre du fils ou de l'esclave de se soustraire, en commettant

§ 2. **Objet de l'obligation du maître.** — Cet objet varie suivant le moment où l'on envisage l'obligation. Avant la *litis contestatio*, le maître est tenu d'une obligation facultative : il doit livrer l'auteur du délit sinon indemniser la victime (1). Après la *litis contestatio*, son obligation devient alternative : il doit livrer l'auteur du délit ou payer la *litis æstimatio* (2). Après la sentence et jusqu'à son exécution, il doit la *litis æstimatio* avec faculté de se libérer par un abandon noxal (3).

Lorsque le chef de famille opte pour l'abandon noxal, il ne lui suffit pas de livrer l'auteur du délit : il doit le manciper (4). L'effet de cette mancipation varie suivant les cas : appliquée à un esclave elle confère un droit perpétuel, la propriété; appliquée à un fils de famille, elle ne confère qu'un droit temporaire, le *mancipium* (5). Le fils devra être affranchi par le cens lorsque, par son travail, il aura fourni une satisfaction équivalente au préjudice causé. — Sous Justinien, la question ne se pose pas pour le fils de famille qui ne peut plus être l'objet d'un abandon noxal. Pour l'esclave, la mancipation a fait place à la tradition. (p. 92).

II. Dommage causé par un animal.

Le dommage, causé par un animal (*quadrupes*), comme celui qui a pour auteur une personne en puissance, engage la responsabilité du propriétaire. La loi des Douze Tables soumet les deux cas à la même règle : elle confère à la victime une action noxale appelée *de pauperie* (6). Le propriétaire actuel de l'animal doit le livrer ou réparer le préjudice causé (7). L'action s'éteint si l'animal meurt avant que le procès ne soit engagé; mais s'il meurt après, le propriétaire n'a pas le droit de livrer le cadavre, comme on le permet au chef de famille (8).

La loi n'avait prévu que les dommages causés par les quadrupèdes qui sont les auxiliaires de l'homme pour la culture : bœufs, chevaux, mulets. Une loi Pesolania, de date inconnue, a étendu la règle au dommage causé par un chien (9). Le droit classique l'a appliquée à

un délit, à la puissance du chef de famille. L'obligation pour le père de livrer l'auteur du délit n'a plus qu'un caractère subsidiaire. Cf. Scialoja, *Bull. dir. R.*, XIII.

(1) Paul, *D.*, IX, 4, 20, 4.

(2) Jul., *eod.* 16. Dans l'action *furti*, lorsque le vol a été commis par une bande d'esclaves (*familia*), la *litis æstimatio* est calculée comme si le délit avait été commis par un homme libre, soit le quadruple de la valeur de l'objet volé (p. 566, 8). Cette règle a été étendue à l'action de la loi Aquilia (*D.*, XLVII, 6, 1, 2) et à d'autres actions noxales (cf. Paul, *D.*, II, 1, 9).

(3) La condamnation ne peut, à peine de nullité, avoir pour objet le seul abandon noxal : *Noxæ deditio in solutione est.* Ulp., *D.*, XLII, 1, 6, 1.

(4) Gaius, *h. t.*, 29 : *Jus suum ad actorem transferre.* Callistr., *eod.*, 32.

(5) Sabiniens et Proculiens discutèrent la question de savoir s'il fallait une ou trois mancipations. D'après Sabinus, une suffit, car la disposition des Douze Tables ne vise que les mancipations volontaires.

(6) Ulp., *h. t.*, [*D.* IX, 1], 1 pr., 3 : *Pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse quod sensu caret.*

(7) Q. Muc. ap. Ulp., *h. t.* 1, 11-12 : *Quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere... Etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur.*

(8) *Ibid.* 1, 13-14. Frg. d'Autun, 83 : *Animal mortuum dedi non potest.*

(9) Serv. ap. Paul., *h. t.*, 1, 4 ; Paul, *Sent.*, I, 15, 1.

tous les quadrupèdes, et même aux bipèdes, mais dans ce dernier cas l'action *de pauperie* est donnée comme action utile (1).

La jurisprudence a cherché d'autre part à limiter les cas où le propriétaire de l'animal sera poursuivi *noxaliter,* sans réussir à formuler un critérium bien précis : il faut que l'animal ait agi contrairement à la nature de son espèce (2). S'il a été excité, même par un autre animal, ou bien s'il y a une faute imputable à son gardien, l'action noxale est écartée contre le propriétaire de l'auteur du dommage ; mais le propriétaire de l'autre animal sera tenu *noxaliter ;* le gardien en faute sera passible de l'action de la loi Aquilia (3). Lorsque des béliers ou des bœufs se sont battus et que l'agresseur a été tué, son maître n'a pas le droit de se plaindre ; si l'animal provoqué a été tué, son maître a l'action noxale (4).

CHAPITRE XII

Inexécution des obligations.

Tout débiteur est tenu d'exécuter son obligation sous peine d'avoir à payer des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts sont conventionnels ou judiciaires, suivant qu'ils ont été fixés à l'avance en la forme d'une stipulation de peine, ou qu'ils sont déterminés après coup par le juge. Ils sont dus même si la prestation est devenue impossible par la faute ou après la demeure du débiteur.

I. Stipulation de peine.

La stipulation de peine eut, dans le principe, pour objet de punir le débiteur qui n'exécutait pas son obligation. Elle remonte à une époque où les idées de peine et d'indemnité étaient confondues, où le débiteur qui ne payait pas sa dette était considéré comme un délinquant. Elle était nécessaire pour donner une valeur juridique aux obligations qui avaient pour objet autre chose que de l'argent. Lorsque ces obligations furent sanctionnées par la *condictio certæ rei* ou par l'action *ex stipulatu*, la stipulation de peine resta usitée. Elle offrait plusieurs avantages : en cas d'inexécution, elle dispense de prouver le montant de l'intérêt ; elle écarte l'arbitraire du juge ; elle fournit un moyen d'obtenir plus que la valeur du préjudice (5) ; elle est sanctionnée par l'action *certæ pecuniæ* avec ses conséquences ; elle sert à faire un compromis, à valider indirectement des conventions qui, par elles-mêmes, n'ont pas force obligatoire, sans être illicites ou immorales (6).

(1) ULP., *h. t.*, 1, 2 ; PAUL., *h. t.*, 4.
(2) ULP., *D.*, IX, 1, 1, 7 ; 1, 10.
(3) *Ibid.*, 1, 8 ; 1, 4-5 ; 1, 7 ; PAUL., 2, 1 ; ALF., *eod.*, 5 ; ULP., 1, 8.
(4) Q. MUC., ap. ULP., *eod.*, 1, 11.
(5) Telle est la stipulation du double en cas d'éviction (p. 466).
(6) P. 372 ; 402. La stipulation est nulle si la peine est promise sous la condition d'accomplir un fait impossible. ULP., *D.*, XLV, 1, 69 ; cf. p. 374.

L'une des applications les plus intéressantes de la stipulation de peine est celle qui a pour but de donner une valeur juridique à des usages provinciaux : la constitution d'une servitude par un simple pacte (p. 344, 7), l'adoption à la mode grecque (p. 198, 9).

§ 1er. Formes. — La stipulation de peine se présente sous deux formes : tantôt c'est une stipulation isolée, tantôt elle se rattache à une obligation principale. Je puis stipuler une peine pour le cas où l'objet promis ne serait pas fourni : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* C'était la forme normale à l'époque antique. Je puis aussi stipuler directement un objet, puis une peine pour le cas où l'objet ne serait pas livré : *Pamphilum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes?* Cette seconde forme est devenue possible lorsqu'on eut sanctionné les obligations ayant pour objet autre chose que de l'argent. Dans le premier cas, il n'y a qu'une créance conditionnelle qui a pour objet la peine, mais le débiteur a la faculté de donner l'esclave en payement (p. 373, 1); dans le second, il y a deux créances : l'une pure et simple, qui a pour objet l'esclave; l'autre conditionnelle, accessoire, ayant pour but d'assurer l'exécution de la stipulation principale (1).

§ 2. Effets. — 1. — Quelle que soit la forme employée, la stipulation de peine produit des effets qui découlent de son caractère conditionnel et qui dérogent au droit commun en matière de dommages-intérêts.

a) Si l'on a promis de faire une chose dans un certain délai, la peine est encourue à l'échéance du terme sans mise en demeure (2); l'obligation conditionnelle est parfaite dès que l'événement prévu est réalisé. Si l'on a promis de ne pas faire, la peine est due dès l'instant de la contravention. — La règle s'applique même si le débiteur est mort avant l'échéance du terme, et bien que son hérédité soit jacente (3).

b) Dans les obligations sans terme, on n'a pas égard aux cas fortuits qui empêchent d'exécuter l'obligation : la peine est encourue (4). Le débiteur d'un corps certain n'est pas libéré par la perte fortuite de la chose contrairement au droit commun. — Il en est autrement lorsque l'obligation doit être exécutée dans un certain délai : la perte fortuite, antérieure à l'échéance, empêche l'obligation conditionnelle de se parfaire ; le débiteur ne doit rien (5).

c) En cas d'exécution partielle de l'obligation, la peine n'en est pas

(1) Pap., *D.*, XLV, 1, 115, 2. Si la peine consiste à livrer une chose hors du commerce, dans le premier cas, l'obligation est nulle; dans le second, la convention principale reste valable (Cels., *eod.*, 97 pr.). Cf. C. civ. 1226, 1227.

(2) Afr., *D.*, XLIV, 7, 23 (p. 439, 8). Just., *C.*, VIII, 38, 12. S'il n'y a pas de délai fixé, Paul (*D.*, XXXVI, 2, 24) exige une interpellation.

(3) Paul, *D.*, XLV, 1, 77.

(4) Paul (*D.*, IX, 2, 22 pr.) accorde l'action de la loi Aquilia au débiteur d'un esclave promis sous une peine et tué par un tiers; il la refuse en l'absence d'une peine (cf. *D.*, IV, 3, 18, 5); donc le débiteur, libéré dans le second cas, ne l'est pas dans le premier. Ulpien admet un tempérament dans le cas où un plaideur a été, par une juste cause, empêché de comparaître devant un arbitre *ex compromisso*. (*D.*, IV, 8, 21, 9).

(5) Ulp., *D.*, XLVI, 2, 14 pr. : *quia non subest res eo tempore quo conditio impletur.*

moins due intégralement (1). C'est une conséquence de l'indivisibilité de la condition. Le juge ne peut, comme en droit moderne, modifier la peine. (C. civ. 1231).

2. — Dans certains cas, la jurisprudence a atténué la rigueur des effets de la stipulation de peine.

a) Si le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux n'exécute pas l'obligation, la peine est encourue pour le tout; elle est due par tous les héritiers, chacun pour sa part (2). Mais les héritiers qui ne sont pas en faute ont un recours contre le contrevenant (3). — Caton avait proposé une distinction : il n'appliquait la règle de la responsabilité collective qu'aux obligations ayant pour objet un fait indivisible, comme un droit de passage. Si le fait était susceptible d'exécution partielle, comme une promesse *amplius non agi*, le contrevenant était seul tenu (4). Caton estimait sans doute que la peine doit, autant que possible, rester personnelle. Mais cette atténuation au principe de l'indivisibilité de la condition ne paraît pas avoir trouvé faveur (5).

b) Si le créancier est mort laissant plusieurs héritiers et que l'obligation ne soit pas exécutée à l'égard de l'un d'eux, la peine est due pour le tout et peut être exigée par chacun des héritiers. Mais le débiteur écartera par l'exception de dol la poursuite exercée par ceux qui n'ont pas souffert de l'inexécution. C'est un correctif apporté à la règle de l'indivisibilité de la condition (6).

3. — Il y a enfin des cas où la jurisprudence a déterminé les effets de la stipulation de peine d'après l'intention des parties.

a) Lorsqu'on n'a fixé aucun délai pour l'exécution de l'obligation, la peine n'est pas due, suivant les Proculiens, tant que la chose peut être livrée. Mais Sabinus pense qu'en certains cas la peine est encourue dès que la chose pouvant être livrée ne l'a pas été (7). Papinien accepte cette opinion dans le cas d'une stipulation de peine accessoire lorsque les parties ont entendu indemniser le créancier pour le retard apporté à l'exécution de l'obligation (8). Il ajoute même que la décision peut être appliquée à la stipulation de peine isolée, lorsqu'on prouve que telle a été l'intention des parties (9).

b) En principe, on ne peut exiger à la fois le montant de la peine et l'exécution de l'obligation. Le cumul n'est pas admis (C. civ. 1229, 2).

(1) Paul (*D.*, XLV, 1, 85, 6) signale l'analogie qui existe ici avec le gage : le payement total est nécessaire pour libérer la chose engagée. Cf. *D.*, X, 2, 25, 14.

(2) Paul., *D.*, XLV, 1, 85, 3 : *unius facto omnes teneri*.

(3) Paul., *D.*, X, 2, 25, 13; XLV, 1, 2, 5; Jul., *D.*, XVIII, 4, 18.

(4) Ap. Paul., *D.*, XLV, 1, 4, 1. Cf. sur ce texte, Bufnoir, *Condition*, p. 77; Demogue(?), *Rev. gen.*, 1907, XXXII.

(5) Pomp., *eod.*, 5, 3-4.

(6) Paul., *D.*, XLV, 1, 2, 6; Ulp., *eod.*, 3, 1.

(7) Ap. Pap., *eod.*, 115, 2. Sabinus cite à l'appui une décision de Q. Mucius sur le legs de provisions de bouche (*penus*); en raison de la nature de l'objet légué, le testateur entend que le legs soit exécuté sans délai.

(8) Pap., *eod.*, : *quod sine dubio verum erit cum id actum probatur ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.*

(9) *Idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur ut homo solvatur aut pecunia petatur.*

La stipulation de peine accessoire opère une sorte de novation de la dette primitive (1).

La règle du non-cumul s'applique aux contrats de bonne foi tels que la vente, la société, aussi bien qu'aux contrats de droit strict. Les deux obligations subsistent, mais le créancier doit opter entre elles. La seconde action est exclue *ipso jure* dans les contrats de bonne foi (2), *exceptionis ope* dans les contrats de droit strict (3). — Lorsque la stipulation de peine est consécutive à un pacte de remise, le débiteur peut aussi, à son choix, opposer l'exception de pacte ou exiger la peine. S'il opte pour l'exception, l'équité veut qu'il fasse acceptilation de l'obligation née de la stipulation de peine (4).

Le cumul est permis lorsque les parties ont entendu stipuler une peine pour le retard apporté à l'exécution de l'obligation (5). Mais pour les dettes d'argent, la peine ne doit pas excéder le taux légal des intérêts (6); pour les obligations résultant d'un contrat de bonne foi, l'exercice de la seconde action n'est autorisé, tout au moins sous Justinien, que dans la mesure où elle est plus avantageuse que la première (7). La stipulation de peine n'a plus ici son caractère primitif : l'idée de peine est remplacée par celle de réparation du préjudice (8).

II. Dommages-intérêts judiciaires.

Les Romains ont appliqué deux systèmes différents correspondant à des périodes du droit différentes. A l'origine, le préjudice est évalué à forfait par la loi; le montant en est fixé à un chiffre déterminé, à une fraction ou à un multiple de ce chiffre. Plus tard, on laisse au juge le soin de fixer dans chaque cas particulier le chiffre de la réparation : c'est le système de l'évaluation concrète substitué à celui de l'évaluation abstraite. Ce système, qui donne plus complètement satisfaction à l'équité, a été largement développé à l'époque classique, sans que le premier ait été entièrement abandonné (9). Ici, comme en bien d'autres cas, le droit romain s'est montré novateur circonspect : il n'a pas voulu supprimer un système qui avait rendu des services et qui pouvait encore présenter quelques avantages.

Le système nouveau est très complexe; il suppose résolues bon nombre de questions délicates. Sans nous arrêter en ce moment aux

(1) Paul, *D.*, XLIV, 7, 44, 6 : *Quasi novatio.* Cf. Herm., *D.*, II, 15, 16.
(2) Jul., *D.*, XIX, 1, 28; Ulp., *D.*, XVII, 2, 41; 42. Cf. Alf., *eod.*; 71 pr.
(3) Stipulations prétoriennes : Lab. ap. Ulp., *D.*, XLVI, 4, 4, 7; Paul, *D.*, II, 11, 5, 1-2.
(4) Ulp., *D.*, II, 14, 10, 1; Mela ap. Ulp., *D.*, XXIII, 4, 12, 2.
(5) Pap., *loc. cit.*; Alf., *D.*, XVII, 2, 71 pr.
(6) Paul, *D.*, XXII, 1, 9 pr.
(7) Jul., *D.*, XIX, 1, 28 : *nisi in id quod pluris ejus interfuerit id fieri.* (Cf. *D.*, XVII, 2, 41; 42). Cette réserve paraît due à une interpolation.
(8) Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 808.
(9) On l'a conservé pour la *condictio certæ rei* (Gaius, *D.*, XIII, 3, 4; Marcel., *eod.*, 3), l'action rédhibitoire (p. 470), l'action *quod metus causa* (p. 582), l'action *furti*, l'action donnée en vertu de certaines stipulations prétoriennes (Paul, *D.*, XXXIX, 2, 18, 10).

questions de responsabilité de l'inexécution en cas de dol, de faute ou de demeure, nous rechercherons la nature du préjudice dont le juge doit tenir compte; les règles à suivre pour mesurer l'étendue, ou pour faire l'estimation du préjudice.

§ 1er. **Nature du préjudice.** — Le préjudice doit être réel : il consiste ordinairement en une atteinte portée au patrimoine du créancier, en un dommage pécuniaire (1). Il peut aussi consister en une atteinte portée à des biens qui ne comptent pas dans le patrimoine, mais qui sont la source de certains avantages pécuniaires : par exemple l'honorabilité d'une personne, car c'est la condition première du crédit; l'intégrité du corps, car elle est indispensable à l'ouvrier pour louer ses services (2). Parfois le préjudice est indirect (3) : il résulte soit d'une perte qu'on a faite (4), soit d'un gain qu'on a manqué de réaliser.

§ 2. **Étendue du préjudice.** — L'étendue du préjudice s'apprécie en principe d'après la valeur de la chose dont on a été privé. Comme les économistes modernes, les jurisconsultes classiques apprécient la valeur des choses quant à leur utilité et quant à leur puissance d'acquisition.

La valeur d'une chose dépend tout d'abord des services qu'elle peut nous rendre, du besoin que nous en avons : c'est en cela que consiste leur utilité *(quod* ou *quanti interest)*. La valeur ainsi entendue est essentiellement subjective : elle varie suivant les individus (5) La valeur a ensuite une notion objective : si l'on considère les choses comme des instruments d'échange, leur valeur réside dans le prix que l'on peut en obtenir. C'est le prix sur le marché *(pretium rei, verum pretium, quanti res est)* Ce prix varie suivant la loi de l'offre et de la demande (6), suivant les lieux et les époques (7).

§ 3. **Estimation du préjudice.** — Sous le système de procédure formulaire, tout dommage causé au patrimoine, toute condamnation donne lieu à une estimation pécuniaire. Cette estimation est faite en général d'après la valeur subjective de la chose : on tient compte de l'intérêt que la chose peut avoir pour le demandeur (8), même d'un intérêt d'affection (9), bien qu'il ne soit pas directement appréciable en ar-

(1) Ulp., *D.*, XXXVIII, 5, 1, 15 : *Damnum pecuniarium.*

(2) Sev., Car., *C.*, V, 47, 1 : *Damnum existimationis.* Gaius, *D.*, IX, 3, 7. Cf Scæv., *D.*, XXXII, 35 pr. Ne sont pas susceptibles d'estimation : la liberté (Paul, *D.*, L, 17, 176), la puissance paternelle (Marc., *D.*, XXX, 114, 8), même les droits de patronat (Ulp., *D.*, L, 17, 126), la vie d'un homme libre (Ulp., *D.*, IX, 3, 1, 5).

(3) Jul., ap. Marc., *D.*, XVIII, 1, 45 : *Damnum quod ex eo contingit.*

(4) Exemples : j'encours une peine pour n'avoir pas livré une chose qui m'avait été promise (Cels., *D.*, XLVII, 2, 67, 1); une maison s'écroule parce qu'on avait livré des poutres de mauvaise qualité (Jul., ap. Ulp., *D.*, XIX, 1, 13 pr.).

(5) Lorsqu'une action est intentée par un mandataire, il faut estimer la valeur de la chose pour le maître et non pour le *procurator* (Ner., *D.*, II, 11, 14).

(6) Ped., ap. Paul., *D.*, IX, 2, 33 pr. : *Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*

(7) Paul., *D.*, XXXV, 2, 63, 2 : *Nec enim tantidem Romæ et in Hispania oleum æstimabitur, nec continuis sterilitatibus, quanti secundis fructibus*

(8) Un esclave, institué héritier, a souvent une valeur bien supérieure à sa valeur vénale (Paul, *D.*, XLIII, 16, 6) Il en est de même d'une terre contiguë à la mienne (Ter. Clem., *D.*, XXXI, 54).

(9) Ped., *loc. cit.*, : *Filium naturalem... plurimo, si alius possideret, redempturus fuit.* Jav., *D.*, XXXVIII, 2, 36.

gent. On tient compte généralement des conséquences que le dommage peut causer dans l'avenir (p. 466, 2; 483, 1). On augmente ainsi dans la plupart des cas la valeur vénale (1), ou l'on donne une valeur à une chose qui n'a pas de prix. Rien de pareil dans l'estimation de la valeur objective; on la considère comme si peu favorable à la partie lésée que, dans certains cas, à titre de peine, on élève la responsabilité en obligeant le débiteur à payer le *quanti interest* (2).

La valeur de la chose s'apprécie au jour de la *litis contestatio* dans les actions de droit strict, au jour du jugement dans les actions de bonne foi (3). On y ajoute la valeur des fruits depuis la naissance de l'obligation, soit dans les actions de bonne foi, soit dans celles qui tendent à la restitution d'une chose qui nous a appartenu (4).

La règle de l'estimation subjective a été écartée dans certains cas où elle eût conduit à un résultat inique : dans l'action de la loi Aquilia, dans les actions données aux patrons pour attaquer les actes faits par l'affranchi en fraude de ses droits (5); dans les actions de bonne foi *(empti, pro socio)* qui tendent au payement d'une somme d'argent (6). On ne tient compte ni du préjudice qui n'est pas la conséquence du fait dommageable (tel serait le bénéfice qu'un acheteur aurait pu faire en revendant la marchandise (7), ni des dépenses de luxe faites sur la chose (8). On doit compenser la perte avec le bénéfice que le demandeur a pu faire à l'occasion de la chose (9). — Justinien a limité les dommages-intérêts accordés par le juge en cas d'inexécution de certaines obligations contractuelles : ils ne peuvent excéder le double de la quantité due (10).

§ 4. **Serment *in litem*.** — L'estimation du préjudice est parfois confiée au demandeur. Le juge l'autorise à fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant de la condamnation. C'est là un droit exorbitant, car malgré le serment, le demandeur peut se faire illusion sur la valeur de sa chose, et il est à craindre qu'il n'exagère le chiffre des dommages-intérêts (11). Aussi considère-t-on ce mode d'évaluation comme

(1) L'intérêt du demandeur peut être inférieur à cette valeur (*D.*, X, 4, 9, 8).

(2) Pour la *condictio furtiva* (Paul, *D.*, XIII, 1, 3), l'action *rerum amotarum* (Paul, *D.*, XXV, 2, 21, 4), l'action donnée en vertu d'un legs *per damnationem* après mise en demeure de l'héritier (Afr., *D.*, VII, 1, 36, 2), l'action *de eo quod certo loco* (Jav., *D.*, XVI, 2, 15).

(3) Ulp., *D.*, XIII, 6, 3, 2.

(4) Paul, *D.*, XXII, 1, 38, 7 et 15. La règle s'applique à l'action Paulienne (*eod.*, 4), mais non à l'interdit fraudatoire où l'on ne restitue pas les fruits intérimaires qui n'ont jamais été *in bonis* du débiteur. Les textes cités p. 587, 3 *i. f.*, ne sauraient contenir des solutions divergentes, comme on l'a cru autrefois : ils sont tous deux relatifs à l'interdit (Lenel, *Pal.*, II, 853; 1214).

(5) Paul *D.*, IX, 2, 33 pr., Ulp. *D.*, XXXVIII, 5, 1, 15, Cf. p. 717, 5.

(6) Lab., ap., Pomp., *D.*, XVII, 2, 60 pr. Herm., *D.*, XVIII, 6, 19.

(7) Paul, *D.*, XIX, 1, 21, 3; Ulp., *D.*, XIII, 4, 2, 8.

(8) Proc., *D.*, VIII, 2, 13, 1 : *Non pluris quam vulgaria tectoria æstimari debent.* Cf. Jul., ap. Paul., *D.*, XIX, 1, 43, en cas d'éviction.

(9) Pomp., *D.*, III, 5, 11.

(10) *C.* VII, 47, 1. La règle s'applique aux cas *qui certam habent quantitatem vel naturam* comme cela a lieu pour l'obligation de l'acheteur et du locataire, à l'exclusion des *casus qui incerti esse videntur*. La portée de cette distinction est controversée : il est vraisemblable qu'elle ne s'applique pas aux délits, et qu'elle correspond à la distinction du *contractus certus* et *incertus*. Cf. *Basil.* IX, 1, 87.

(11) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XII, 3], 1; Paul, *eod.*, 2.

une peine pour le défendeur (1). Il n'est d'ailleurs admis que dans certaines actions et pour certaines causes (2) : dans les actions de bonne foi en cas de dol du défendeur ; dans les actions de droit strict, lorsque la chose a péri par le fait ou après la mise en demeure du défendeur; sous Justinien, dans les actions arbitraires, pour vaincre la résistance *(contumacia)* du défendeur à l'ordre du juge.

L'usage du *jusjurandum in litem* comporte certaines restrictions : le juge est libre de ne pas déférer le serment ou de fixer un maximum *(taxatio)* dans les actions de bonne foi; dans tout autre cas, de condamner à une somme moindre lorsqu'il y a une cause grave, telle que la découverte de preuves dont il n'avait pas connaissance lors de la délation du serment. Exceptionnellement le serment est permis *sine taxatione, in infinitum* (3).

III. Faute contractuelle.

La responsabilité du débiteur varie suivant que son obligation est sanctionnée par une action de droit strict, de bonne foi ou *in factum*.

§ 1er. **Actions de droit strict.** — Anciennement, celui qui était tenu de restituer un corps certain, comme le défendeur à la revendication, était responsable même des cas fortuits (p. 302, 5). Cette règle ne fut pas appliquée à la stipulation, mais les *Veteres* admirent que l'obligation serait perpétuée par la *culpa* du débiteur (4). La *culpa* doit s'entendre ici du fait actif; on n'a pas à rechercher si le débiteur a agi en connaissance de cause. Le débiteur qui a promis un corps certain ne répond ni des cas fortuits, ni de sa négligence. Eût-il laissé mourir faute de soins l'esclave promis, il n'en est pas moins libéré.

Cette règle s'applique également aux débiteurs tenus d'une *condictio* en raison d'un enrichissement sans cause; elle a été maintenue par le droit classique dans le cas où le débiteur savait qu'il aurait à restituer (5).

Pour l'héritier grevé d'un legs ou d'un fidéicommis universel, il y eut des divergences. Mais d'après Julien dont l'opinion est seule reproduite aux Institutes, il n'est tenu que de son fait actif (6). Le légataire, grevé d'un fidéicommis particulier, est au contraire traité par Julien comme le débiteur tenu d'une action de bonne foi; cette assimilation était admise de son temps pour les fruits et les intérêts dus au fidéicommisaire. Le légataire est donc responsable de son dol et de sa faute s'il retire un avantage du testament, du dol seulement dans le cas contraire.

(1) Jav., *D.*, XXXV, 2, 60, 1; Paul., *D.*, XLVI, 1, 73. Il n'est pas d'usage de poursuivre comme parjure celui qui en pareil cas prête un faux serment. Paul, *h. t.*, 11.

(2) Marc., 5 pr., 4. Paul., 6. Cf. p. 118, 7.

(3) Ulp., *D.*, XII, 1, 68; *h. t.*, 4, 2-3.

(4) Paul, *D.*, XLV, 1, 91, 2-3 : *Veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*. Cf. Gradenwitz, *Sav. Z.*, XXXIV, 295.

(5) Paul, *D.*, XII, 6, 65, 8; XXXIX, 6, 39. Par exception, celui qui est tenu de l'action *ad exhibendum* est responsable de son dol (p. 299, 3).

(6) *Inst.* II, 20, 17; Jul., *D.*, XXXVI, 1, 25, 2; *op.* Paul, *D.*, XLV, 1, 91, 2. D'après Neratius, l'héritier est ici responsable de sa faute lourde.

§ 2. **Actions de bonne foi.** — Dans les contrats de bonne foi, on suit une règle différente : le débiteur n'est responsable de son fait actif que s'il y a dol, mais, d'autre part, il est souvent tenu de sa négligence. C'est l'idée de faute qui s'introduit dans le droit privé. Elle apparaît à la fin de la République; elle a sans doute pénétré dans le droit civil sous l'influence des usages qui avaient cours devant les tribunaux criminels : au lieu de considérer uniquement le fait matériel, on recherche l'intention (1).

Avant d'exposer la théorie élaborée par la jurisprudence, deux observations sont nécessaires : cette théorie ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet un fait ou la dation d'un corps certain; elle n'a rien d'absolu : les parties sont libres de la modifier, mais elles ne peuvent exonérer le débiteur de la responsabilité de son dol (2).

Le débiteur est en faute lorsqu'il ne s'est pas comporté en homme diligent. La conduite du débiteur est appréciée d'après un type abstrait : celui du bon père de famille. C'est le mode d'appréciation déjà consacré par l'usage des arbitres (3). Si l'exécution de l'obligation comporte la connaissance d'un art, on considère comme en faute le débiteur qui a fait preuve d'inexpérience (4).

Dans les contrats de bonne foi, le débiteur est tenu de son dol et de sa faute, ou seulement de son dol. La règle à suivre pour savoir quels débiteurs doivent être rangés dans l'une ou l'autre classe a été formulée d'une manière différente, suivant les époques. Au début, le débiteur était tenu de son dol et de sa faute lorsque le contrat était dans l'intérêt des deux parties; il ne répondait que de son dol si le contrat était dans l'intérêt de l'une d'elles (5). L'application de cette règle souleva des difficultés pour le commodat : par lui-même, ce prêt ne confère aucun avantage au commodant; mais comme il n'avait lieu anciennement qu'entre personnes habituées à se rendre des services réciproques, on pouvait le considérer comme étant dans l'intérêt des deux parties (6). Plus tard, lorsqu'on vit dans le commodat un contrat dans l'intérêt exclusif du commodataire (7), on modifia la formule de la règle : désormais, dans les contrats de bonne foi, le débiteur répond de son dol et de sa faute, ou seulement de son dol, suivant qu'il a ou non intérêt au contrat (p. 447, 7).

Répondent de leur dol et de leur faute : le vendeur, l'acheteur (8), le

(1) Cic., *De inv.*, II, 33 : *Uti suum animum, non eventum considerant*; Hadr., *ap.* Callist., *D.*, XLVIII, 8, 14 : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.*
(2) Cels., ap. Ulp., *D.*, L, 17, 23.
(3) Paul, *D.*, IX, 2, 31 : *Mucius dixit... culpam esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum.* Cf. Alf., *D.*, XVIII, 6, 11.
(4) Ulp., D. IX, 2, 7, 8; Gaius, D., L, 17, 132 : *Imperitia culpæ adnumeratur.*
(5) Jul., *D.*, XXX, 108, 12 : *In re, quæ utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstatur*; *Inst.*, III, 14, 4.
(6) Modestin (*Collat.*, X, 2, 1) présente encore le commodat comme étant dans l'intérêt des deux parties.
(7) Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 3. Lorsque, en fait, le prêt avait lieu dans l'intérêt des deux parties (*si communem amicum ad cœnam invitaverimus*), certains jurisconsultes furent d'avis que le commodataire ne répondrait que de son dol; d'autres le traitèrent comme le fiduciaire et le mari : il était tenu de son dol et de sa faute *in concreto* (*D.*, XIII, 6, 18 pr.: fin interpolée.)
(8) P. 460, 5. Proc., *D.*, XVIII, 1, 68 pr. Paul, *D.*, XVIII, 2, 14, 1.

locateur, le locataire (1), le mandant (2), le créancier gagiste; le débiteur qui a donné sa chose en gage (3), le déposant, le commodataire.

Répondent seulement de leur dol : le dépositaire et le commodant (4). Il en fut d'abord de même du mandataire, mais cette conséquence a été écartée par Justinien. Il estime que celui qui se charge des affaires d'autrui n'a pas le droit de les négliger, bien qu'il n'ait aucun intérêt; sa conduite serait en contradiction avec l'engagement qu'il a pris de rendre service à autrui. Telle était d'ailleurs la règle appliquée au tuteur et au gérant d'affaires qui ne sont pas obligés en vertu d'un contrat : ils répondent de leur dol et de leur faute (p. 214, 5).

La règle générale sur la responsabilité contractuelle a reçu une triple modification : la responsabilité a été atténuée pour certains débiteurs, aggravée pour d'autres; la faute lourde a été assimilée au dol.

1° Certains débiteurs ne sont tenus que des soins qu'ils apportent à leurs propres affaires : *diligentia quam in suis rebus adhibent*. C'est une atténuation de la responsabilité normale. Cette faveur est réservée à quelques débiteurs en raison de la communauté d'intérêts qu'ils ont avec le créancier : ils ont la propriété (5) ou la copropriété des biens dont il doivent rendre compte : le mari (6), le communiste (7), l'associé (8). Justinien a accordé la même faveur aux tuteurs (9). Au lieu de juger la conduite de ces débiteurs d'après le type abstrait du bon père de famille, on les compare à eux-mêmes; on recherche s'ils ont apporté à l'exécution de leur obligation les mêmes soins qu'à leurs propres affaires.

2° La responsabilité peut être aggravée, en vertu d'une convention expresse (10) : le débiteur est tenu de la perte ou du dommage survenus sans sa faute, mais non des cas de force majeure (11). Sous Justinien la

(1) Lab., *D.*, XIX, 2, 60, 7; Alf., *eod.*, 31.

(2) Nerat, ap. Paul, *D.*, XVII, 1, 26, 7.

(3) Alf., *D.*, XIII, 7, 30.

(4) Le dol doit ici être apprécié *paulo remissius* Afr., *D.*, XLVII, 2, 61, 6).

(5) Labéon, appliquait cette règle au vendeur (p. 460, 5).

(6) Paul, *D.*, XXIII, 3, 17. Ofilius déclare le mari responsable de son dol s'il a fait périr une chose dotale et qu'il soit insolvable (ap. Pomp., *D.*, XXIV, 3, 18, 1).

(7) Paul, *D.*, X, 2, 25, 16.

(8) Pour l'associé on peut se demander s'il n'y a pas eu plutôt aggravation. On discutait, au début du IIe siècle, la question de savoir s'il devait répondre seulement de son dol comme le dépositaire, ou s'il devait en outre être tenu de sa faute (Cels., ap. Ulp., *D.*, XVII, 2, 52, 2; *Inst.*, III, 25, 9). L'assimilation au dépositaire s'expliquait sans doute par cette idée que l'esprit de lucre n'est pas essentiel au contrat de société. Mais comme beaucoup d'associés contractent *sui commodi causa* on conçoit que l'assimilation au dépositaire ait été contestée et définitivement écartée. L'associé fut désormais responsable de son dol et de sa faute. En donnant cette décision, Celsus ne paraît pas avoir songé à la *diligentia quam in suis*; c'est Gaius qui exprime cette réserve dans un texte suspect (*eod.*, 72), car la raison alléguée est celle qui d'après Paul (*loc. cit.*), justifierait la restriction au dol de la responsabilité du communiste.

(9) Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1 pr. La fin du texte a été interpolée; elle est en contradiction avec la doctrine d'Ulpien : le tuteur doit se comporter comme un *paterfamilias idoneus* (*D.*, XXVI, 7, 10, cf. 33 pr.). Pour l'achat d'un fonds de terre, le tuteur est responsable de son dol et de sa faute lourde (*eod.*, 7, 2). Cette atténuation est due sans doute à Justinien.

(10) Application au vendeur (Inst., III, 23, 3 a); dépositaire (p. 447, 4); commodataire (Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 6 *in f.*); mandataire (Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 12).

(11) Servius (ap. Ulp., *D.*, XIX, 2, 15, 2) définit la *vis major* une force à laquelle

convention est sous-entendue dans les contrats de transport : celui qui, moyennant une *merces*, s'engage à remettre un objet à la personne qui le lui a confié ou à un tiers, répond (1) du vol et du dommage causé à la chose. La convention est également sous-entendue dans le *receptum* des hôteliers et des maîtres d'écurie (2). Dans ces divers cas on a l'habitude de dire que le débiteur répond de la *custodia* (3). Mais ce mot est équivoque, car souvent il n'exprime rien de plus que la diligence d'un bon père de famille : c'est ainsi que le vendeur d'une maison répond de l'incendie; le commodataire, le locateur d'un *horreum* répondent du vol lorsqu'ils n'ont pas pris les précautions d'usage (4).

3° Les débiteurs tenus de leur dol sont aussi responsables de leur faute lourde (5). Mais cette doctrine, appliquée par Nerva au tuteur, malgré la résistance de Proculus, n'a été probablement généralisée que par Justinien (6). La faute lourde est celle que ne commettrait pas le commun des hommes (7) ; elle est tellement grossière qu'on semble avoir fait exprès (8). Dès lors, on distingue deux sortes de fautes, la faute lourde (*culpa lata*) et la faute légère (*culpa levis*); celle-ci appréciée tantôt *in abstracto*, tantôt *in concreto*.

§ 3. **Actions *in factum*.** — Pour les débiteurs tenus d'une action prétorienne *in factum*, il n'y a pas dans les textes de règle générale; mais il ne semble pas que leur responsabilité aille au delà du dol et de la faute lourde. Tel est le cas du *mensor* (9), du *curator bonorum*, des créanciers qui ont obtenu l'envoi en possession des biens de leur débiteur (10). Il en est de même du précariste, qui est tenu, sinon d'une action *in factum*, du moins d'un interdit (p. 505).

La responsabilité contractuelle peut, dans certains cas, concourir avec la responsabilité délictuelle (11). Si un commodataire déchire les vête-

on ne peut résister : attaque des ennemis, des brigands, des pirates ; naufrage, Lab. ap. Ulp., *D.*, IX, 2, 29, 3.

(1) Bateliers (p. 517); armateurs ; commissionnaire qui porte une lettre (Ulp., *D.*, XLVII, 2, 14, 17 ; *Basilic.*, LX, 12, 50).

(2) Il en est de même d'un commodataire à qui l'on a prêté un esclave enchaîné, ou qui en raison de son âge devait être surveillé (Ulp., *D.*, XIII, 6, 5, 6).

(3) Cf. Biermann, *Sav. Z.* XII, 33; Pernice, *Labeo*, II, 1, 158, 4 ; Karlowa, II, 830.

(4) Alf., *D.*, XVIII, 6, 11 ; Jul., *D.*, XIII, 6, 20 ; Paul, *Coll.*, X, 9. Cf. Seckel, *Handlexikon*, v° *Custodia*.

(5) Cels., *D.*, XVI, 3, 32 : *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.* Ce texte est extrait du livre 11 *Dig.* de Celsus, relatif à la tutelle. En l'insérant au titre du dépôt, les compilateurs lui ont donné une portée générale.

(6) L'assimilation de la faute lourde au dol n'est indiquée ni par Ulp., *D.*, L, 17, 23, ni par Afr., *D.*, XXX, 108, 12, ni surtout dans un texte de Modestin, conservé dans la *Collatio* (X, 2, 1) en dehors des compilations de Justinien. Cf. Mitteis, *Privatrecht*, I, 333 ; de Medio, *Bull. dir. R.*, XVII, 5; Seckel, v° *Culpa*.

(7) Ulp., *D.*, L, 16, 213, 2 : *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt.*

(8) Nerat., ap. Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 22, 3 : *Dolo proxima est.* On traite comme une faute lourde les sévices du mari à l'égard des esclaves dotaux (Ulp., *D.*, XXIV, 3, 24, 5).

(9) Ulp., *D.*, XI, 6, 1, 1 (texte vraisemblablement interpolé).

(10) Ulp., *D.*, XLII, 5, 8, 3 ; 9, 5.

(11) Il n'en est pas ainsi dans le cas où le débiteur est un communiste : lorsque les copropriétaires d'un fonds ont convenu de l'exploiter alternativement pendant un an et que l'un d'eux a corrompu sciemment les fruits de l'année subséquente, il est responsable soit en vertu du louage, soit à titre de communiste; il n'est pas tenu de l'action de la loi Aquilia. (Afr., cité p. 253, 8).

ments qu'on lui a prêtés, il est responsable de sa négligence, mais il tombe aussi sous le coup de la loi Aquilia (1). Le commodant peut, à son choix, intenter l'action contractuelle ou l'action délictuelle. Il ne peut les exercer cumulativement. Mais sous Justinien, il peut, après avoir exercé l'action de commodat, intenter l'action de la loi Aquilia pour obtenir ce qu'elle a de plus avantageux (2).

IV. Demeure.

§ 1er. Formation de la théorie de la demeure. — La demeure est un retard coupable apporté par un débiteur à l'exécution de son obligation. Cette notion s'est introduite à une époque où l'on commençait à user d'indulgence envers les débiteurs : elle suppose en effet qu'un débiteur en retard n'est pas nécessairement en faute; elle est étrangère à l'ancien droit. Aux premiers siècles, le débiteur était à la discrétion du créancier. Il dépendait de celui-ci d'employer des moyens énergiques pour contraindre le débiteur à tenir sa promesse.

Dans un cas cependant, le créancier était désarmé : lorsque la dette avait pour objet un corps certain qui avait péri fortuitement après l'échéance. Ordinairement, le débiteur est libéré *interitu rei* : il serait peu équitable de l'autoriser à invoquer ce mode de libération, alors qu'il n'a pas rempli son engagement; il faut, au contraire, le punir de son manque de parole. A une époque où il n'existait d'autre action civile que l'action de droit strict, où la dette d'un corps certain résultait d'une stipulation, le créancier ne pouvait, après la perte de la chose, exercer l'action née du contrat : il aurait vainement prétendu devant le juge que le débiteur était tenu de lui donner une chose qui avait péri. Sa prétention eût été écartée comme étant sans objet.

Il y avait là une iniquité. Pour la prévenir, on aurait pu demander l'insertion dans l'Édit d'une action tendant à punir le débiteur. Mais les actions pénales prétoriennes sont annales et intransmissibles : le créancier aurait perdu certains avantages que lui procurait son action contractuelle. La jurisprudence résolut la question en appliquant la règle : *Culpa rei perpetuatur obligatio*. Le débiteur est en faute de s'être mis dans le cas de ne pas payer. On lui reproche non pas son inaction, mais les faits qui l'ont motivée *(culpa in faciendo)* (3). En consé-

(1) Paul, *D.*, XLIV, 7, 34, 2; Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 29. La question est plus délicate si la faute délictuelle commise par le débiteur n'est pas de celles dont il est responsable en vertu du contrat : par exemple un dépositaire, par maladresse, brise l'objet qu'on lui a confié. Les textes ne donnent pas la solution de cette question ; il semble que la loi Aquilia est applicable lorsque la maladresse a été commise en dehors de l'exécution du contrat. Cf. *D.*, XIX, 2, 35, 1 (*fructus corruptio* par un fermier).

(2) La fin du texte de Paul a été remaniée : Paul n'a pas pu dire que l'action de la loi subsiste et que *locum non habet* (p. 556, 3).

(3) Pomp., *D.*, L, 17, 39 : *In omnibus causis pro facto accipitur, id in quo per alium moræ sit, quominus fiat.* La terminologie primitive est, à cet égard, caractéristique : *Per debitorem mora est quominus id quod debet solvat* (Jav., *D.*, XLV, 1, 105; XXIII, 5, 18, 1). Elle remonte à une époque assez ancienne : Cato, *R. r.*, 148, 1 ; la loi Acilia *repetundarum* de 631 ou 632 : *C. I. L.*, I, 198, l. 25. Ce n'est pas le seul cas où l'inaction d'un débiteur engage sa responsabilité ; aujourd'hui encore, la condition est réputée accomplie lorsque le débiteur en a empêché la réalisation.

quence, l'obligation, qui devait être éteinte, est perpétuée. Le créancier peut intenter l'action du contrat comme si l'objet dû n'avait pas péri.

Tel est le premier effet du retard coupable : mettre les risques à la charge du débiteur. On ne s'en est pas tenu là : la solution, donnée par les *Veteres*, était trop rigoureuse pour les rapports dérivant des contrats de bonne foi; elle était insuffisante, car elle n'assurait pas la réparation du préjudice causé au créancier lorsque l'objet dû n'avait pas péri. La jurisprudence classique a conçu une théorie, à la fois plus indulgente et plus équitable, et d'une portée beaucoup plus large. Formée en vue des contrats de bonne foi, la théorie de la demeure a été étendue, sous certaines réserves, à tous les cas où une personne est tenue de donner ou de restituer une certaine valeur. Elle n'est pas restreinte au cas où l'inexécution est imputable au débiteur *(mora solvendi)* : elle vise également le cas où le créancier refuse de recevoir le payement *(mora accipiendi)*. Elle s'applique aux obligations de quantités comme aux dettes de corps certains.

§ 2. **Demeure du débiteur.** — Trois conditions sont requises : défaut de payement à l'échéance, sommation du créancier, faute du débiteur. Les jurisconsultes de l'époque impériale ont emprunté aux *Veteres* l'idée fondamentale de la *mora* : le débiteur qui n'exécute pas son obligation à l'échéance doit subir les conséquences de son manque de parole. Mais ils ont atténué ce que cette règle avait d'excessif en distinguant le simple retard de la demeure. Dans les contrats de bonne foi, il est d'usage de laisser au débiteur une certaine latitude pour se libérer : le débiteur ne sera en demeure que lorsqu'il aura reçu une sommation *(interpellatio)* du créancier (1). A partir de ce moment, il est dans son tort, il est en faute.

Les textes ne parlent pas explicitement de cette faute, mais ils en supposent l'existence : il y a une *mora inculpata*, des *excusationes a mora* (2). Le débiteur est excusable lorsqu'il est absent pour le service de l'État ou retenu en captivité, lorsqu'il cherche des amis pour acquitter ou garantir sa dette, lorsqu'il invoque une exception, mais non lorsqu'il n'a pas les moyens de payer (3).

La sommation est nécessaire même pour les dettes à terme. La règle *dies interpellat pro homine* n'est pas romaine : c'est une invention des glossateurs (4).

(1) Paul, III, 8, 4 ; Marc., *h. t.* [*D.*, XXII, 1], 32.

(2) Pap., *h. t.*, 9, 1. Les classiques ont évité de se prononcer, parce que *difficilis est hujus rei definitio.* D'après Antonin le Pieux c'est une question de fait plutôt qu'une question de droit (ap. Marc., *h. t.*, 32 pr.).

(3) Ulp., *h. t.*, 21 pr.; 23 pr.; Venul., *D.*, XLV, 1, 137, 4.

(4) Elle est due à une fausse interprétation de Papinien (*h. t.*, 9, 1). Elle est contraire : 1° au principe que la demeure implique une faute ; le débiteur n'est pas en faute de n'avoir pas offert le payement au créancier, car celui-ci doit prendre livraison (Ulp., *D.*, XVIII, 6, 1, 3); 2° au principe *diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore* ; on retourne contre le débiteur une faveur qu'on a voulu lui accorder ; on le traite plus mal que le débiteur pur et simple. Les textes qu'on a allégués en sens contraire sont relatifs à la stipulation de peine. Mais le terme joue ici le rôle d'une condition : la peine est due par cela seul que l'obligation n'est pas exécutée quand elle aurait pu l'être (p. 599). Si la règle *Dies interpellat pro homine* n'est pas romaine, elle n'en a pas moins été consacrée en Italie et en Allemagne : notre Code civil l'a écartée (a. 1139).

La sommation doit être faite en présence de témoins (1), soit par le créancier, soit par un mandataire spécial ou général ; elle doit être adressée au débiteur capable ou à son tuteur (2). Si le débiteur est absent ou mort sans héritier, le créancier doit faire constater devant témoins sa volonté d'être payé. Par exception, aucune sommation n'est exigée pour les voleurs. Ils sont de plein droit réputés en demeure (3).

Le débiteur en demeure doit réparer le tort qu'il a causé.

Si la dette a pour objet un corps certain, les risques sont à sa charge (4), à moins que la chose n'eût péri également si elle eût été livrée au créancier. Cette réserve, introduite par les Sabiniens pour les contrats de bonne foi, a été étendue à l'obligation de restituer qui incombe au défendeur en revendication, à l'obligation de donner imposée à l'héritier en faveur du légataire. Si cependant le créancier eût évité la perte en vendant la chose, les risques seront à la charge du débiteur (5).

Le débiteur doit compte de tout le profit qu'il a retiré de la chose depuis la mise en demeure : fruits, part des esclaves (6). L'évaluation est faite d'après l'intérêt du demandeur *(quanti interest)* (7). Le voleur est toujours condamné à la plus haute valeur de la chose (8).

Si la dette a pour objet une somme d'argent, le débiteur doit compte des intérêts, quel que soit le préjudice subi par le créancier. Ces intérêts ne peuvent dépasser le taux fixé par la loi ou par la coutume locale (9) : ce sont les *intérêts moratoires* (10). Labéon, le premier, paraît avoir imposé cette obligation (11). Elle a été étendue à l'héritier grevé d'un fidéicommis ou d'un legs *sinendi modo;* pour tout autre legs, l'héritier ne doit compte que des fruits (12).

Les effets de la demeure cessent : soit par la volonté expresse ou tacite du créancier (13), soit lorsque le débiteur offre au créan-

(1) Lab., ap. Pomp., *D.*, XXII, 2, 2; Ulp., *D.*, XVIII, 6, 1, 3 : *testando denuntiare.*

(2) Paul, *h. t.*, 24, 2 ; XLV, 1, 24.

(3) Ulp., *D.*, XIII, 1, 8, 1 : *Semper enim moram fur facere videtur.* Il en est de même du *dejiciens* (Jul., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 35).

(4) Paul, *D.*, XXIV, 3, 25, 2.

(5) P. 303. Ulp., *D.*, XXX, 47, 6. Suivant Pernice (*Labeo*, II, 2, 1, 140), ces textes sont interpolés et ne sont probants que pour le temps de Justinien.

(6) Jul., ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 17, 1 ; Marc., *h. t.*, 32, 2; Ulp., 34; *D.*, XXX, 39, 1.

(7) Paul, *D.*, XIX, 1, 21, 3 : *Omnis utilitas*; Pomp., *eod.*, 3, 3.

(8) Ulp., *D.*, XIII, 1, 8, 1.

(9) Herm., *D.*, XVIII, 6, 19; Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 3.

(10) Le pacte d'antichrèse était usité dans l'Égypte romaine pour les intérêts moratoires comme pour les intérêts conventionnels. On pouvait même en cumuler le bénéfice avec le droit aux intérêts stipulés : c'était la peine du retard. *P. Berlin*, IV, 1056, l. 17 ; 1057 ; 1145, v° l. 12 ; v° l. 37; 1147, l. 17. *P. Oxy.*, III, 507, l. 18 ; 506, l. 45, de l'an 143. La coutume provinciale était sous ce rapport en opposition avec le droit romain. Mod., *D.*, XXII, 1, 44 : *Pœnam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.* Mais si les intérêts stipulés à la suite d'un *mutuum* sont inférieurs au maximum, on peut convenir que le débiteur en retard payera les intérêts au taux légal. Pap., *h. t.*, 9, 1.

(11) Ap. Pomp., *D.*, XVII, 2, 60 pr.

(12) Gaius, II, 280. Cette distinction a disparu sous Justinien par suite de l'assimilation des legs aux fidéicommis ; les textes classiques ont été corrigés (Paul, III, 8, 4; Pap., *D.*, XXXIII, 2, 24 pr.; Ulp., *h. t.*, 34). — Les donateurs ne payent pas d'intérêts moratoires (p. 520, 4).

(13) D'après Marcellus, une novation conditionnelle suffit (*D.*, XLVI, 3, 72, 1). Cette opinion n'était pas partagée par Venuleius (*D.*, XLVI, 2, 31 pr.).

cier de le désintéresser complètement (1). Il y a ici *purgatio moræ*.

§ 3. **Cas où les intérêts sont dus sans mise en demeure.** — La loi impose à certains débiteurs (2) l'obligation de payer des intérêts sans mise en demeure; elle attribue un effet juridique au simple retard soit pour une raison d'équité, soit à cause de la faveur due au créancier (3). Cette obligation incombe : *a*) à ceux qui administrent les biens d'autrui, mandataires, gérants d'affaires, associés, tuteurs, curateurs. Ils doivent les intérêts non seulement des capitaux qu'ils ont placés pour le compte d'autrui, mais aussi de ceux qu'ils ont employés à leur usage personnel (4); parfois même ils doivent les intérêts qu'ils auraient pu percevoir (5), mais réciproquement ils ont droit aux intérêts de leurs avances (6); *b*) aux débiteurs des mineurs de 25 ans et du fisc (7); *c*) à l'acheteur, à dater du jour où il a reçu livraison de la chose vendue (8). — L'obligation de payer les *intérêts légaux* n'est pas sanctionnée par une action spéciale : le créancier doit les réclamer en même temps que le capital. Le juge de l'action principale a seul qualité pour les allouer (9).

§ 4. **Demeure du créancier.** — Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans juste cause de recevoir le payement qui lui est offert au lieu et au temps convenus. Ce refus peut être préjudiciable au débiteur qui est mis dans l'impossibilité de se libérer; il constitue une faute *(culpa in faciendo)* (10). De très bonne heure, la jurisprudence s'est efforcée d'atténuer les conséquences de la mauvaise volonté du créancier : le débiteur a le droit de se faire rembourser ses impenses nécessaires. S. Ælius, et après lui C. Livius Drusus, autorisent le vendeur à réclamer à l'acheteur en demeure une indemnité pour la nourriture des esclaves dont il a refusé de prendre livraison (11). Le débiteur est déchargé des risques, même s'il s'agit d'une somme d'argent (12). Sa responsabilité est limitée au dol et à la faute lourde (13). S'il était en demeure, sa demeure est purgée (14).

Il y a plus : le débiteur n'est pas tenu de conserver indéfiniment la

(1) Cels., Jul., ap. Paul, *D.*, XLV, 1, 91, 3.

(2) Ce sont en général les débiteurs d'une somme d'argent. Pourtant la même règle est appliquée au fidéicommis qui a pour objet des vases d'or ou d'argent (Pap., *h. t.*, 3, 4; Constantin, *C.*, IV, 32, 25).

(3) On dit qu'il y a ici *mora ex re* et non *ex persona*. Il ne faut pas en conclure que les autres effets de la demeure se produisent. Paul, *D.*, XXXI, 87, 1 : *non pro mora hoc habendum est.*

(4) Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 3; Scæv., *D.* XXVI, 7, 58, 1; Gaius, *D.*, IV, 4, 27, 1.

(5) Paul, *D.*, III, 5, 18, 4.

(6) Ulp., *l. c.*, 12, 9; Paul, *D.*, XVII, 2, 67, 2; Ulp., *D.*, XXVII, 4, 3, 1.

(7) Paul, *D.*, XXXI, 87, 1; *h. t.*, 17, 5-6.

(8) Ulp., *D.*, XIX, 1, 13, 20.

(9) Gord., *C.*, IV, 34, 4; Herm., *D.*, XIX, 1, 49, 1. Voir cep. Ulp., XLIV, 2, 23.

(10) Marcel., *D.*, XLVI, 3, 72 pr.; Pomp., *D.*, XXIV, 3, 9 : ... *Ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur.*

(11) P. 850, 3. Il a aussi un droit de rétention (Pomp., *D.*, XXXIII, 6, 8).

(12) Marcel, *loc. cit.*: *Ipso jure desinet teneri... Non est æquum teneri, pecunia amissa, quia non teneretur si creditor accipere voluisset.*

(13) Pomp., *D.*, XVIII, 6, 17. Le mari débiteur de la dot peut se dispenser de cultiver les fonds dotaux lorsque la femme est en demeure (*Ibid.*, *D.*, XXIV, 3, 9. Cf. pour les fruits perçus, Jav., *D.*, XXIII, 5, 18, 1).

(14) Pomp., *D.*, XVIII, 6, 17; Paul, *D.*, XXIV, 3, 26.

chose due à la disposition du créancier. S'il doit une somme d'argent, il peut, après avoir interpellé le créancier, la déposer en lieu sûr (1) ; dès lors les intérêts cessent de courir. Mais la dette n'est pas éteinte, car il dépend du débiteur de réclamer son dépôt (2) : son existence est en suspens. Si le créancier se décide à accepter l'offre du débiteur, celui-ci lui cédera son action contre le dépositaire. Dioclétien a simplifié cette procédure en accordant au créancier une action utile contre le dépositaire.

Pour toute autre dette, le débiteur peut, à la rigueur, abandonner l'objet sur la voie publique, après avoir notifié son intention au créancier par-devant témoins (3). Mais on lui conseille de ne pas en venir à cette extrémité et de vendre plutôt l'objet dû, en tenant le prix à la disposition du créancier.

CHAPITRE XIII

Extinction des obligations.

L'ancien droit ne connaissait que deux modes réguliers de libération : la *solutio per æs et libram* pour les obligations résultant d'une *damnatio* (4), l'acceptilation pour celles qui résultaient d'une stipulation. L'un et l'autre mode exigeaient l'emploi d'une solennité destinée à constater que le débiteur avait donné satisfaction à son créancier et n'était plus obligé envers lui. L'un et l'autre étaient l'application d'une règle citée encore par les classiques : pour éteindre un droit, il faut observer un procédé analogue à celui qui a servi à le faire naître, mais de sens inverse (5). Cette règle fut étendue aux obligations formées *litteris* ou *solo consensu* : les premières s'éteignent par une *acceptilatio* littérale ; les autres, *contrario consensu*.

Les modes d'extinction des obligations ont reçu à l'époque classique un grand développement. La jurisprudence a multiplié les causes de libération des débiteurs : sans faire appel au législateur, mais en s'appuyant tantôt sur la logique juridique, tantôt sur l'équité, elle a résolu d'une manière satisfaisante la plupart des problèmes relatifs au dénouement du lien qui unit le débiteur au créancier.

(1) P. 614. Ulp., *D.*, XXVI, 7, 28, 1. L'usage de déposer *pecuniam clausam et obsignatam* est mentionné par Alf., *D.*, XIX, 2, 31.

(2) Pap., *h. t.*, 7 ; Diocl., *C.*, IV, 32, 19 pr.

(3) Alf., *D.*, XVIII, 6, 12 ; Ulp., *eod.*, 1, 3. Ce droit est refusé à l'héritier vis-à-vis du légataire *(periculose heredem facturum, si id vinum effunderet)*, mais l'héritier peut se faire indemniser du préjudice que le retard lui a causé (Pomp., *D.*, XXXIII, 6, 8).

(4) *Nexum*, jugement, legs *per damnationem* (p. 380). L'obligé remet au *libripens* la quantité de métal dont il est débiteur, et quand le poids a été vérifié, il se déclare dégagé envers son créancier (Gaius, III, 174). Lorsque la dette résulte d'un prêt à intérêt, le débiteur doit faire peser une quantité correspondante au capital (*sors*) et aux intérêts convenus (*fenus*). Varr., *L. l.*, V, 183.

(5) Ulp., *D.*, L, 17, 35 : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.* Paul., *eod.*, 153 ; Sen., *De ben.*, V, 14, 4.

L'innovation capitale, introduite vers la fin de la République (1), a consisté à proclamer le principe que le payement, c'est-à-dire l'accomplissement de l'obligation, est le mode naturel et normal de libération, indépendamment de toute solennité. Ce principe fut appliqué à toutes les obligations, même à celles qui dérivaient d'un contrat formel comme la stipulation. Les anciens modes solennels d'extinction ne furent pas supprimés, mais on les subordonna en quelque sorte au payement en les présentant comme des payements fictifs (2) : on les emploie désormais pour faire une remise de dette.

Quelque large que fût le nouveau principe, il parut bientôt trop étroit et l'on admit deux nouveaux modes d'extinction des obligations, la dation en payement et la novation : l'un qui consiste à donner au créancier, avec son agrément, une chose autre que la chose due; l'autre qui permet de transformer une obligation sans en changer l'objet, de remplacer une obligation préexistante par une obligation nouvelle qui en diffère à certains égards (3). — D'autres modes d'extinction furent introduits comme une conséquence logique de la définition de l'obligation : la confusion qui se produit lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la même tête; la perte fortuite de la chose due, qui rend la prestation impossible; le concours de deux causes lucratives.

Le Préteur et la jurisprudence ont donné satisfaction à l'équité soit en facilitant la compensation, soit en rendant efficaces des actes extinctifs d'après la volonté des parties, mais qui n'ont pas été accomplis dans les formes requises par le droit civil : pacte de remise, terme et condition extinctifs.

Enfin les obligations s'éteignent, dans certains cas, par la mort, la *capitis deminutio* du débiteur, la *litis contestatio* (p. 877, 8), ou à titre de peine, mais non à l'expiration d'un certain délai (4). La prescription extinctive n'a été admise qu'au Bas-Empire.

Tous les modes d'extinction peuvent être répartis en deux classes, d'après leur efficacité : les uns éteignent l'obligation de plein droit *(ipso jure)*; les autres paralysent seulement l'action, empêchent le créancier de faire valoir son droit en justice. Conséquences : *a)* Au temps de la procédure formulaire, on peut invoquer les modes d'extinction *ipso jure* en tout état de cause; pour les autres, il est nécessaire, sauf dans les actions de bonne foi, de faire insérer dans la formule une exception autorisant le juge à les prendre en considération. — *b)* Une obligation éteinte *ipso jure* ne peut revivre. Une obligation, dont l'ac-

(1) D'après Labéon (p. 559, 10), la *numeratio* était suffisante pour éteindre l'obligation délictuelle d'injures au temps où vivait L. Veratius : or la *numeratio* est une *solutio naturalis* (Macr., *D.*, XLVI, 3, 49). Au début de l'Empire, Sabiniens et Proculiens discutent le point de savoir si la dation en payement éteint l'obligation *ipso jure* comme le payement : le payement avait donc à cette époque une portée générale. Cf. Erman, *Zur Geschichte der röm. Quittungen und Solutionsakte*, 1883.

(2) Gaius, III, 169, 173 : *imaginaria solutio.*

(3) La stipulation novatoire était depuis longtemps usitée, mais on l'envisageait plutôt comme un acte créateur d'obligation.

(4) Paul, *D.*, XLIV, 7, 44, 5 : *Placet ad tempus obligationem constitui non posse.* Cette règle souffre quelques exceptions (p. 649, 3; 821).

tion est paralysée, reprend toute sa force dès qu'on écarte l'obstacle qui empêchait le créancier d'agir en justice. — *c)* Les modes d'extinction *ipso jure* sont péremptoires; les modes *exceptionis ope* peuvent n'être que dilatoires : tel le pacte de remise consenti pour un certain temps. — *d)* Les modes *ipso jure* peuvent être invoqués par toute personne intéressée. L'effet d'un mode *exceptionis ope* peut être limité à un ou plusieurs intéressés (pacte de remise *in personam* ou *in rem*).

I. Payement.

Le payement consiste à donner ou à faire ce qu'on a promis (1). Il paraît avoir été tout d'abord admis comme mode d'extinction pour l'obligation née du *mutuum* (2). On ne pouvait, pour la dissolution du contrat, exiger plus que pour sa formation (3). A la tradition faite par le prêteur devait correspondre une tradition équivalente faite par l'emprunteur. Le nouveau mode d'extinction fut ensuite appliqué aux contrats de bonne foi qui sont tous non solennels: rien n'était plus conforme à la bonne foi que d'exécuter la prestation promise. Le créancier n'aurait pu, sans commettre un dol, poursuivre le débiteur après avoir reçu satisfaction. Enfin la règle fut étendue à la stipulation qui était devenue un contrat du *jus gentium,* aux obligations délictuelles et même aux obligations entraînant une *damnatio.* Le payement fut dès lors un mode d'extinction de toute espèce d'obligations : la *resolutio naturalis* produisit le même effet que la *resolutio civilis* (4).

§ 1er. Conditions de validité. — *a)* Si l'obligation a pour objet une dation, le payement, pour être libératoire, doit être translatif de propriété (5). Le créancier, qui n'a pas été rendu propriétaire, conserve son action pour demander des dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait consommé les écus sans dol, ou usucapé la chose livrée (6).

Le débiteur doit payer intégralement tout ce qu'il doit : il ne peut forcer le créancier à recevoir un payement partiel; mais cette règle a été atténuée, tout au moins sous Justinien (7). Le débiteur ne peut non plus forcer le créancier à recevoir une chose autre que la chose due (8) : si le créancier l'accepte, on dit qu'il y a dation en payement.

b) Le payement peut être fait par le débiteur ou par un tiers : fait par le débiteur, il n'est libératoire que si le débiteur est capable d'aliéner (9); fait par un tiers, il n'est libératoire que si le tiers a payé

(1) Ulp., *D.*, L, 16, 176 : *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.*

(2) C'est à l'occasion du *mutuum* que Pomponius énonce la règle : *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (*h. t.*, [*D.*, XLVI, 3], 80). La *solutio naturalis* est mentionnée dans l'édit sur le *pignus* et dans la formule de l'action Servienne.

(3) Gaius, *D.*, L, 17, 100 : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt.*

(4) Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 7; 107.

(5) Pomp., *D.*, XXX, 45, 1 : *Ita dare debet ut eum habere liceat*; Marcel., *h. t.*, 72, 5 : *Non videtur liberatus*; Ulp., *eod.*, 27.

(6) Pomp., *h. t.*, 47; Paul, *eod.*, 60.

(7) Mod., *D.*, XXII, 1, 41, 1; Jul., *D.*, XII, 1, 21 : *Humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Cf. C. civ. 1244, 2°.

(8) Paul, *D.*, XII, 1, 2, 1 : *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

(9) *Inst.*, II, 8, 2.

pour le compte du débiteur. Peu importe que le payement ait été fait au su ou à l'insu du débiteur ou même contre son gré (1). Si le payement a eu lieu par erreur, le tiers a la répétition de l'indû (p. 542). Mais il y a certaines obligations qui ne peuvent être exécutées par un tiers : telle l'obligation de ne pas faire, ou même une obligation de faire, lorsque le créancier a traité *intuitu personæ*.

c) Le payement doit être fait au créancier, s'il est capable d'aliéner sa créance (2); sinon, le créancier peut obliger le débiteur à payer une seconde fois. Mais s'il a profité du premier payement, il ne peut réclamer que la différence entre le montant de sa créance et ce dont il s'est enrichi (3). Le payement est régulièrement fait entre les mains d'un mandataire conventionnel (4) ou légal (5) ou d'un *adjectus solutionis gratia* (6).

Si le créancier refuse le payement, le débiteur lui fera des *offres réelles* (7). En cas de non-acceptation, il déposera l'objet dû dans une banque, un entrepôt, un temple ou tout autre lieu désigné par le magistrat *(in publico)*. Le créancier pourra l'y réclamer en exerçant une action utile contre le dépositaire (8). La consignation libère le débiteur, sinon *ipso jure*, du moins *exceptionis ope*. Le débiteur perd le droit de s'en prévaloir, s'il reprend l'objet consigné avant que le créancier ne l'ait réclamé : la dette revit alors avec tous ses effets. La consignation de l'objet dû s'impose également lorsque le créancier est absent (9), incapable ou incertain (10).

§ 2. **Imputation des payements.** — Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter (C. civ., 1253). S'il n'use pas de ce droit, le choix passe au créancier (11),

(1) Gaius, *D.*, III, 5, 38; *h. t.*, 53; Pomp., 23; Cass. ap. Pomp., 17.

(2) La femme peut cependant recevoir un payement sans son tuteur, mais elle ne peut donner quittance. Gaius, III, 171.

(3) P. 211, 3. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 4; Pomp., *h. t.*, 66.

(4) Sur la clause de payer *ei ad quem ea res pertinebit*, cf. p. 433, 5.

(5) Ulp., *h. t.*, 12 pr. Le payement fait de bonne foi à un mandataire dont le pouvoir a pris fin, est libératoire (Alf., 35; Ulp., 12, 2; Jul., 32; 34, 3). Le payement fait à tout autre qu'au mandataire (*non vero procuratori*) n'est libératoire qu'après ratification du créancier (Ulp., 12, 4). Le payement fait à un protuteur (p. 219) n'est libératoire que dans la mesure où le pupille en a profité (Paul, *h. t.*, 28); fait à un héritier apparent, il doit être remboursé à l'héritier véritable. Pomp., *D.*, XL, 7, 29, 1.

(6) L'*adjectus solutionis gratia* peut être une personne à qui l'on veut faire une libéralité (p. 403, 3), ou un créancier envers qui l'on veut se libérer (Pap., *D.*, XLV, 1, 118, 2). Le plus souvent c'est un mandataire chargé de recevoir le payement si on le lui offre : on veut faciliter le recouvrement de la créance dans le cas où le créancier ne pourrait la toucher lui-même à l'échéance. De là plusieurs conséquences : on peut choisir pour *adjectus* une personne *alieni juris* (Jul., *D.*, XLV, 1, 56, 2); si l'*adjectus* est un impubère *sui juris*, il peut recevoir le payement sans l'*auctoritas* de son tuteur (Pomp., *h. t.*, 11); si le payement n'a pas lieu à l'échéance, le débiteur qui se laisse poursuivre en justice ne peut plus, après la *litis contestatio*, payer entre les mains de l'*adjectus* (Ulp., *h. t.*, 57, 1; Jul., *D.*, XLVI, 1, 16 pr.).

(7) Lab., ap. Pomp., *D.*, XVIII, 6, 17; Cels., ap. Paul, *D.*, XLV, 1, 91, 3; Diocl., *C.*, IV, 32, 19 pr. : *creditori post testationem offer*. Cf. C. civ. 1257-1264.

(8) Mela, ap. Afr., *h. t.*, 39; Diocl., *C.*, IV, 24, 9; IV, 32, 19, 4.

(9) Jul., *D.*, XL, 5, 47, 2; Paul, *D.*, XL, 7, 4 pr.

(10) Paul, *D.*, XXII, 1, 18, 1; Ulp., *D.*, XVI, 3, 1, 36.

(11) Carac., *C.*, VIII, 42, 1.

mais celui-ci ne peut l'exercer arbitrairement. La règle posée par les *Veteres* revient à dire : « Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fît à vous-même (1). » Le créancier doit imputer le payement sur la dette que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter (2) : la plus onéreuse (3), ou celle qui est échue, ou celle qui est née la première, les intérêts avant le capital (4). Si toutes choses sont égales, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les dettes (5).

§ 3. **Preuve du payement.** — La preuve du payement se fait soit par témoins, soit par une quittance délivrée par le créancier (6). La restitution ou la destruction du titre constituant la créance fait présumer le payement, sauf preuve contraire (7). Le créancier, qui a reçu son payement, est tenu de rendre le titre qui lui est désormais inutile (p. 546, 4). Sous Justinien, les quittances n'ont force probante que 30 jours après leur date; jusque-là elles peuvent être contestées par une sorte de *querela non numeratæ pecuniæ* (p. 435).

§ 4. **Dation en payement.** — Il y a dation en payement lorsque, avec l'agrément du créancier, le débiteur donne autre chose que l'objet dû. D'après les Proculiens, le débiteur n'est pas libéré *ipso jure*, comme par le payement. La dation en payement ne peut, suivant eux, fournir au débiteur qu'une exception de dol pour écarter la poursuite du créancier : celui-ci s'enrichirait injustement s'il prétendait exiger l'exécution de l'obligation, tout en conservant l'objet qui lui a été donné. Les Sabiniens, au contraire, estiment qu'il y a payement par cela même que le créancier accepte la satisfaction offerte par le débiteur (8). Cette opinion a prévalu (9).

Le créancier, évincé de l'objet reçu en payement, conserve d'après Marcien son action primitive comme s'il n'avait pas été payé (10). Une solution meilleure fut proposée par Ulpien (11) : la dation en payement

(1) Ap. PAP., *h. t.*, 97; ULP., 1 : ... *Æquissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret*.

(2) Il en est de même lorsque le créancier se paye directement après avoir fait vendre un gage ou une hypothèque (PAP., *h. t.*, 96, 3; FLOR., *D.*, XIII, 7, 35). Nec obstat PAUL., *h. t.*, 101, 1, qui admet l'imputation sur une dette naturelle : il s'agit d'une dette (*usuræ indebitæ ex pacto*) garantie par une hypothèque. Or, ici le créancier n'est plus, grâce à l'action hypothécaire, à la discrétion du débiteur. Cf. MACHELARD, *Oblig. nat.*, p. 32.

(3) POMP., *h. t.*, 4; ap. ULP., 7; PAP., 94, 3. Cf. GAIUS, *D.*, XXXVII, 9, 5, 1.

(4) JUL., ap. MARC., *h. t.*, 103; ULP., 3 pr.; 5 pr., 2; MARCEL., 48.

(5) POMP., ap. PAUL., *h. t.*, 8.

(6) Voir la collection des quittances du commissaire-priseur de Pompéi, L. Cæcilius Jucundus. Les unes émanent du créancier : *Scripsi rogatu... eum accepisse*. Dans les autres, les témoins attestent que le créancier a déclaré avoir été payé : *habere dixit*. Cf. ZANGEMEISTER, *Suppl.*, *C. I. L.*, IV; ERMAN, *Sav. Z.*, XX, 172.

(7) MOD., *D.*, XXII, 3, 24 (interpolé).

(8) GAIUS, III, 168; ULP., *D.*, L, 16, 176 : *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet*.

(9) MARCEL., ap. ULP., *D.*, XII, 6, 26, 4 : *Placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem*; PAUL., *D.*, XXIII, 3, 25; *h. t.*, 98, 6; cf. C. civ. 1243.

(10) *H. t.*, 46 pr. Cela ne devait faire aucun doute, même pour les Sabiniens; le payement n'est libératoire que s'il est translatif de propriété.

(11) *D.*, XIII, 7, 24 pr.; CARAC., *C.*, VIII, 44, 4 : *Ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet*. La décision d'Ulpien a été consacrée, en matière de cautionnement, par C. civ. 2038. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, II, 705.

est assimilée à une vente dont le prix se compense avec le montant de la créance qu'on a voulu éteindre. Le créancier est traité comme un acheteur; il a une action *empti* utile pour se faire indemniser du préjudice causé par l'éviction. Cette solution a l'avantage de donner aux tiers toute sécurité. Celle de Marcien les exposait à des surprises : avec la créance ils voyaient revivre à leur préjudice des hypothèques qu'ils avaient considérées comme éteintes par la dation en payement.

II. Novation.

Ulpien définit la novation « la transfusion et le transfert d'une dette antérieure (1) dans une autre obligation ». Ce transfert a un double effet : il crée d'abord une obligation nouvelle, et c'est de là que vient le mot novation (2); il éteint ensuite l'obligation antérieure (3). En présence de cette définition, il est surprenant de voir figurer la novation parmi les modes d'extinction des obligations. C'est comme si l'on traitait du transfert de la propriété à propos de l'extinction de ce droit (4).

La définition de la novation présente une autre singularité : la novation ne se produit pas toutes les fois qu'on remplace une dette par une autre ayant le même objet, par exemple quand on convertit un mandat en *mutuum* (p. 132, 1) : la novation exige l'emploi d'un contrat formel. Partout ailleurs l'effet extinctif peut se produire sans l'effet créateur; ici, au contraire, il en est la conséquence normale et c'est là le trait essentiel de la novation. Cette double singularité s'explique historiquement (5). La novation remonte à une époque où la

(1) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLVI, 2], 1 pr. : *Prioris debiti.* Gaius (III, 176; *D.*, IV, 4, 27, 3), Papinien (*D.*, XXVI, 9, 5 pr.) parlent de *translatio obligationis :* c'est une expression impropre; ce n'est pas l'obligation qui est transférée, mais seulement son objet : *id quod debetur.*

(2) Ulp., *eod. : Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione.*

(3) *Ibid. : Cum ex præcedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur.*

(4) Il y avait utilité à mettre en relief l'effet extinctif de la novation, soit pour marquer la différence qui sépare la stipulation novatoire des autres stipulations qui ont pour objet *eadem res;* soit parce que la stipulation novatoire produit parfois un effet extinctif, même si l'obligation nouvelle ne peut se former; tel est le cas où l'on stipule d'une femme ou d'un pupille non autorisé de son tuteur, ou d'un nouveau débiteur *post mortem ejus* (Gaius, III, 176). Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux effets de la stipulation novatoire : *Utile per inutile non vitiatur.* Il en est ici comme de l'*in jure cessio* faite par un usufruitier à un tiers : l'usufruit s'éteint et ne passe pas au tiers (p. 347, 2). Cela est contraire à la volonté des parties, mais dans un acte formel on ne recherche que *id quod dictum est.* Lorsque la stipulation novatoire est nulle en la forme, si, par exemple, on a employé la *sponsio* pour stipuler d'un pérégrin, il n'y a rien de fait (Gaius, III, 179).

(5) Anciennement un créancier ne pouvait se faire promettre par son débiteur ou par un tiers ce qui lui était déja dû : *Bis de eadem re ne sit debitum.* (Pomp., *D.*, XLV, 1, 18 : *Qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur*; *Ibid.*, 25; Jul., 58; Ulp., *h. t.*, 9, 2). Cette règle était peu pratique : 1° On estima qu'il y avait avantage, en certains cas, à maintenir l'obligation ancienne à côté de la nouvelle en donnant à celle-ci un caractère accessoire; c'était un moyen d'augmenter les garanties du créancier. D'ailleurs le principe restait sauf : le créancier ne pouvait agir deux fois en justice, contre le débiteur principal et contre le débiteur accessoire. 2° On permit de transférer une dette antérieure dans une autre obligation, pourvu qu'il y eût quelque chose de changé dans l'obligation ancienne. Mais pour que le principe restât sauf, la formation de l'obligation nouvelle entraîna l'extinction de l'obligation antérieure. 3° Enfin, la règle antique fut écartée, les parties restant les mêmes, par application d'une idée nouvelle : celle de l'individualisation de l'obligation en raison de sa cause. Par suite, une même chose peut m'être due

forme des obligations avait une importance décisive : elle a eu forcément une portée limitée qui n'a guère été élargie avant la fin de la période classique (1). Alors seulement on voit poindre l'idée que la novation est un mode de satisfaction analogue à la dation en payement, et que l'on peut promettre *aliud pro alio* (2).

§ 1er. **Utilité de la novation.** — La novation a lieu tantôt entre les mêmes personnes, tantôt entre personnes différentes. Entre les mêmes personnes, elle sert : à changer les modalités de l'obligation antérieure (terme ou condition); à transformer un contrat de bonne foi en un contrat strict (p. 424, 4), par suite à restreindre les pouvoirs du juge qui apprécie les rapports existant entre les parties; à rendre perpétuelle et transmissible une obligation délictuelle; à permettre l'acceptilation d'une obligation qui n'a pas été formée *verbis*.

Entre personnes différentes, la novation a deux applications principales : elle sert à transférer une obligation à un autre créancier ou à un autre débiteur. Dans le premier cas, la novation est l'un des moyens de réaliser une délégation; dans le second, on lui donne habituellement le nom d'*expromissio* (3).

L'*expromissio* a lieu d'ordinaire sur l'invitation du débiteur primitif, elle peut aussi se faire à son insu et contre sa volonté (4). C'est un moyen de prendre à sa charge la dette d'autrui *(intercessio)*.

§ 2. **Conditions essentielles à la novation** (5). — Il faut : 1° Deux obligations, l'obligation ancienne et la nouvelle. Si l'une des deux n'existe pas juridiquement, il n'y a pas de novation. Mais il suffit d'une obligation naturelle, ou d'une obligation susceptible d'être paralysée par une exception (6). S'il n'y avait qu'une *spes debitum iri*, comme dans l'obligation conditionnelle, la novation ne s'opérerait qu'à l'événement de la condition (7).

par une même personne, à des titres divers. Dans ce cas il y a autant d'obligations distinctes que de causes d'obligations (Ulp., *D.*, XIX, 1, 10; Paul, *D.*, XLIV, 2, 14, 2; L, 17, 159). Il y aura aussi plusieurs obligations lorsqu'en faisant la stipulation les parties n'ont pas eu l'*animus novandi* (*h. t.*, 2).

(1) En se plaçant au point de vue de la conception antique, on s'explique le rapprochement fait par Gaius entre la novation et la *litis contestatio*. Les modernes disent qu'il y a, dans ce dernier cas, *novation nécessaire*.

(2) Cf. Salpius, *Novation und Delegation nach r. R.*, 1864; P. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances*, 1879; Karlowa, II, 739. Cf. la critique de la théorie de Salpius, qui attribue aux Romains l'idée de la succession à titre particulier aux dettes, dans Gaudemet, *Transport des dettes*, 62.

(3) Le mot *expromittere* n'a rien de technique. On l'emploie soit dans le cas où il y a novation sans changement de débiteur (Ulp., *D.*, XXXIX, 5, 19, 4), soit dans des cas où il n'y a pas de novation (Ulp., *D.*, XVI, 1, 8, 8).

(4) Ulp., *h. t.*, 8, 5.

(5) Les conditions de validité sont en principe réglées par le droit commun. Il ne faut pas prendre à la lettre Paul, *h. t.*, 10, qui attribue la capacité de nover à celui qui peut recevoir un payement. Cela n'est vrai, ni pour l'*adjectus solutionis gratia*, comme il le fait observer lui-même, ni pour les tuteurs et curateurs qui ne peuvent faire une novation que si elle est de l'intérêt du pupille ou du prodigue (Gaius, *h. t.*, 34, 1; Paul, *D.*, XXVI, 7, 22), ni pour les mandataires (Cels., 25; Pomp., 21).

(6) P. 370, 5. Paul, *D.*, XLVI, 3, 91. *Expromissio* d'une obligation contractée par un fils de famille contrairement au Sc. Macédonien (Pomp., *D.*, XIV, 6, 20). *Expromissio* faite par une femme contrairement au Sc. Velléien (Ulp., *D.*, XVI, 1, 8, 11).

(7) P. 397, 5. Pomp., *h. t.*, 24. Servius Sulpicius était moins exigeant : pour opérer l'extinction de l'obligation primitive, il se contentait d'une stipulation régulière en la forme, alors même que l'obligation n'était pas parfaite (obligation condition-

2° Un contrat formel (stipulation entre présents (1), contrat littéral entre absents) pour créer la nouvelle obligation (2).

3° L'identité d'objet *(idem debitum)*. C'est là un trait caractéristique de la novation romaine à l'époque classique et une différence avec le droit moderne. La novation est par définition le transfert de l'objet d'une dette antérieure dans une obligation nouvelle : on ne peut donc faire une novation par changement d'objet, par exemple, promettre à Secundus sur l'ordre de Primus l'usufruit déjà promis à celui-ci (3). Ces deux droits, bien que de même nature et portant sur le même fonds, sont très différents : l'un s'éteint à la mort de Primus, l'autre à la mort de Secundus. Cependant si, en fait, le créancier a stipulé un objet nouveau avec l'intention de libérer le débiteur de sa première dette, il ne saurait plus tard, sans commettre un dol, exiger l'exécution des deux obligations. Le débiteur est libéré de l'obligation antérieure, *jure prætorio*, grâce à l'exception de pacte.

A la fin de l'époque classique, il semble qu'on n'exige plus avec la même rigueur cette condition : on peut, d'après Papinien, faire une novation en stipulant la valeur pécuniaire de la dette primitive *(quanti fundus est)*. L'innovation n'est pas très profonde : dans la procédure formulaire, toute obligation entraîne une condamnation pécuniaire. Papinien autorise les parties à faire d'avance ce que ferait le juge s'il y avait procès (4). — L'identité de prestation n'est plus requise sous Justinien : on peut augmenter ou diminuer la quantité due, et sans doute aussi changer l'objet de la dette (5).

4° Un élément nouveau *(aliquid novi)*. C'est la raison d'être de la novation, et l'une des conditions sans lesquelles elle ne saurait exister. Sans cet élément nouveau, la stipulation serait nulle, d'après la règle qui ne permet pas de promettre deux fois la même chose à la même personne, ou bien il y aurait deux obligations coexistantes d'après la règle consacrée par le droit postérieur.

Pas de difficulté s'il y a changement de créancier ou de débiteur; mais si les parties restent les mêmes, la novation dépend de l'intention qu'elles ont eue en faisant une nouvelle stipulation. Ici comme en d'autres matières, on n'a pas tout d'abord laissé au juge la liberté de rechercher cette intention : l'*animus novandi* devait résulter de l'emploi d'une formule appropriée (6). Mais dès le Ier siècle de l'Empire, la jurisprudence a déterminé certains faits impliquant la volonté de nover : addition ou suppression d'un terme ou d'une condition; intervention

nelle) ou était frappée de nullité (*expromissio* faite par un esclave). Cette opinion n'a pas prévalu (GAIUS, III, 179).

(1) Par exception, la stipulation consécutive à un *mutuum* d'argent n'entraîne pas de novation : il ne se forme qu'un seul contrat, celui de stipulation (p. 384, 2). La numération des espèces est censée faite en exécution de la stipulation.

(2) Gide (*Novation*, p. 216) a contesté la possibilité d'employer le contrat littéral Cette opinion paraît difficile à soutenir en présence de Gaius, III, 128-130.

(3) ULP., *h. t.*, 4.

(4) PAP., *h. t.*, 28.

(5) *C.*, VIII, 41, 8. Cf. civ. 1271, 1°.

(6) Bon nombre de textes, insérés au Digeste, font allusion à cet *animus novandi*, mais il en est d'interpolés : Justinien en fait l'aveu.

d'un *sponsor* d'après les Sabiniens (1). — Sous Justinien, la volonté de nover doit être expresse; on espère prévenir ainsi des contestations trop fréquentes sur la volonté des parties. (Cf. C. civ. 1273).

§ 3. **Effets.** — La novation éteint *ipso jure* la dette antérieure. Conséquences : toutes les sûretés accessoires qui garantissaient la dette primitive s'évanouissent, privilèges, cautions, hypothèques (2); les intérêts cessent de courir; la demeure du débiteur est purgée : les risques cessent d'être à sa charge; la peine promise ne peut plus être encourue si elle ne l'a déjà été avant la novation (3); le débiteur perd les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier (4).

La jurisprudence a attribué d'autres effets à la novation d'après l'intention des parties : *a)* en cas de novation conditionnelle d'une dette pure et simple, le créancier est présumé avoir renoncé à faire valoir son droit tant que la condition est en suspens; il est censé avoir consenti un pacte *de non petendo* temporaire (p. 396, 2). — *b)* Si la condition fait défaut, le créancier ne peut demander l'exécution de l'obligation primitive; les parties sont réputées avoir voulu substituer à cette obligation les chances de l'obligation conditionnelle; le débiteur opposera l'exception de pacte (5). — *c)* Celui qui se croyant débiteur a consenti à s'obliger à la place de son prétendu créancier, peut opposer l'exception de dol ou exiger sa libération (p. 538, 2).

III. Délégation.

La délégation est, en général, l'acte par lequel un débiteur donne à son créancier (ou à la personne qui lui sera désignée) un autre débiteur qui sera obligé à sa place (6). C'est la délégation par voie de promesse. La délégation peut aussi avoir lieu par voie de dation.

§ 1er. **Délégation par voie de promesse.** — La *delegatio debitoris* exige l'accord d'au moins trois personnes : celle qui a l'initiative de l'acte, le délégant; celle qui en profite, le délégataire; celle qui s'oblige, le délégué. C'est donc un acte complexe qui suppose toujours un rapport antérieur entre le délégant et le délégué, qui parfois suppose en outre

(1) Gaius, III, 177-178; *Inst.*, III, 29, 3. Cf. Scialoja, *St. in on. di Perozzi*, 1925.

(2) Paul., *h. t.*, 29; Carac., *C.*, VIII, 40, 4; Paul., *h. t.*, 18. On peut, sinon rattacher ces sûretés à la nouvelle obligation, du moins les constituer à nouveau. On peut même subordonner la novation à la condition que les sûretés primitives seront maintenues. Cf. civ. 1278. On peut aussi attribuer au créancier, en lui constituant une nouvelle hypothèque, le rang de l'hypothèque éteinte par novation (p. 674, 3).

(3) On suppose que la novation a eu lieu entre les mêmes personnes (Gaius, III, 179). Il en serait autrement si la novation avait eu lieu par changement de débiteur : le débiteur originaire ne pourrait invoquer un pacte auquel il a été étranger, alors surtout que celui à qui il a été consenti n'a pas intérêt à ce qu'il soit libéré (Gaius, *D.*, II, 14, 30, 1). Cf. Bufnoir, *Théorie de la condition*, 261.

(4) Pap., *h. t.*, 27. Ulp., 8 pr.; Pap., *D.*, XIII, 1, 17. Jul., *h. t.*, 15.

(5) Bien que les textes manquent de précision, il faut distinguer suivant que l'on a stipulé *ce qui m'est dû* (Pap., *h. t.*, 27 : *Quidquid ex vendito dare facere oportet*; Cels., ap. Ulp., 8, 2; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XLV, 1, 29, 1) ou l'objet de la dette préexistante, *mille sesterces* (*Basilic.*, XXIX, 1, 119. Cf. Girr., p. 2?2). Dans le premier cas, le droit du créancier est tel qu'il était d'après l'obligation primitive; le débiteur peut invoquer contre lui toutes les exceptions qu'il avait précédemment. Cette distinction est conforme à l'intention présumée des parties. Cf. p. 390, 6.

(6) Ulp., *h. t.*, 11 : *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.*

un rapport antérieur entre le délégant et celui qui deviendra créancier à sa place. Dans le premier cas la délégation libère le délégant envers le délégataire, et le délégué envers le délégant. La délégation équivaut au payement (1). Dans le second cas, lorsqu'il y a un double rapport de droit antérieur entre le délégant et le délégué, entre le délégant et celui qui deviendra créancier à sa place, les deux obligations s'éteignent à la fois : le délégué est libéré vis-à-vis du délégant, le délégataire vis-à-vis du nouveau créancier.

La délégation d'un débiteur a donc un effet extinctif : c'est le cas le plus ordinaire, et c'est pour cela qu'on range la délégation parmi les modes d'extinction des obligations. Mais la délégation par voie de promesse peut avoir un caractère tout différent : elle peut avoir lieu entre des personnes qui ne sont pas obligées l'une envers l'autre; c'est le cas de la délégation à titre de donation (p. 527). Celui qui va s'obliger veut faire une donation au délégant qui lui-même veut faire une donation au délégataire. Il y a ici création d'une obligation nouvelle; il n'y a pas extinction d'une obligation antérieure.

§ 2. **Délégation par voie de dation.** — La dation a pour objet une somme d'argent ou un fonds de terre. La *delegatio pecuniæ* a lieu, par exemple, lorsqu'une personne, empruntant de l'argent pour doter sa fille, charge le prêteur de le remettre au futur mari (2). La délégation d'un fonds a lieu lorsqu'une femme, voulant se constituer en dot un fonds de terre, le livre, sur l'invitation du futur mari, à un tiers à qui le mari veut faire une donation (3).

La *delegatio pecuniæ* diffère de la délégation d'un débiteur en ce qu'elle n'a pas toujours pour résultat de créer une obligation nouvelle et d'éteindre une obligation antérieure. Il n'y a pas création d'une obligation lorsque le délégué fait une dation au délégataire pour se libérer envers le délégant ou pour lui faire une donation, tandis que le délégant veut faire un payement, une donation ou un prêt au délégataire. Il n'y a pas non plus extinction d'une obligation antérieure lorsque le délégué et le délégant agissent *animo donandi* (4).

La délégation a donc reçu des applications multiples (5). Elle fut très usitée à Rome où elle apparaît d'assez bonne heure (6); elle se faisait

(1) Ulp., *D.*, XII, 1, 15, 1 : *Videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta.* Paul, *D.*, XLVI, 3, 56 : *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.* Cf. C. civ. 1275.

(2) Ulp., *D.*, XXIII, 3, 5, 8.

(3) Paul, *D.*, XXIII, 5, 14 pr.

(4) Lab., *D.*, XXIV, 3, 66, 2. Ulp., XII, 1, 9, 8; XLIV, 4, 4, 26; XXXIX, 5, 2, 2.

(5) C'est par voie de délégation que l'Etat paye ses dettes. Le Sénat ouvre au censeur un crédit sur le Trésor; le censeur délègue ce crédit au créancier de l'Etat jusqu'à concurrence de ce qui est dû. Le questeur, comptable du Trésor, joue le rôle de délégué. La délégation se fait ici par une *adtributio* (Table d'Héraclée, l. 42, 49; L. *col. Genet.*, c. 69 à 72); elle vaut argent comptant : c'est une *delegatio pecuniæ*. On peut aussi faire une *delegatio debitoris* : lorsqu'un propriétaire n'exécute pas les travaux de voirie prescrits par l'édile, le magistrat les fait faire par un entrepreneur aux frais du contrevenant; puis il délègue à l'entrepreneur la créance du Trésor contre le propriétaire, qui a 30 jours pour payer ou fournir une satisfaction équivalente, sous peine de payer moitié en sus. Le délégataire fait valoir sa créance comme une créance privée par l'action *certæ creditæ pecuniæ*; le procès est de la compétence du préteur urbain (Tab. d'Héraclée, l. 44-45).

(6) La délégation était usitée à la fin du VIe siècle (Cato, *R. r.*, 146).

souvent par l'intermédiaire d'un banquier. Elle permettait aux commerçants de faire des payements, des prêts, des stipulations partout où ils avaient des correspondants. Grâce à la délégation, on écartait les inconvénients des règles qui excluaient la représentation ou la promesse entre absents, qui ne permettaient pas de céder directement les créances.

L'acte principal qui constitue la délégation d'un débiteur se réalise de diverses manières : par stipulation, *litis contestatio, dotis dictio, transcriptio a persona in personam,* pacte de constitut (1). Les conventions secondaires que suppose la délégation ont lieu sans formes : un signe de tête suffit (p. 416, 1).

§ 3. **Effets.** — L'obligation contractée par le délégué envers le délégataire, ou d'une manière générale la prestation qu'il lui fait, présente une particularité caractéristique; elle réalise du même coup deux actes distincts (2) : tantôt un payement dans les rapports du délégué et du délégant, une donation dans les rapports du délégant et du délégataire; tantôt un payement et un prêt, ou un prêt et une constitution de dot, ou un double payement, un double prêt (3). Dans tous les cas, la prestation faite par le délégué, n'étant motivée par aucune opération conclue entre le délégataire et lui, produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper de la validité des deux actes qu'elle sert à réaliser (4). De là deux conséquences : le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant (5); le délégué, qui s'est obligé sans cause, ne peut, comme dans la novation, opposer l'exception de dol au délégataire (6); on lui accorde une *condictio* contre le délégant (7).

La délégation étant réputée équivalente au payement dans les rapports du délégant et du délégataire, les risques de l'insolvabilité du délégué sont à la charge de celui-ci : il n'a, en principe, aucun recours contre le délégant. Cette règle souffre exception lorsqu'il a été convenu

(1) Ulp., VI, 2; *h. t.*, 11, 1; Scaev., *D.*, XV, 1, 51; Diocl., *C.*, VIII, 42, 7.

(2) Analysant une délégation faite *donationis causa* au délégataire, Celsus établit qu'elle contient trois prestations successives (*D.*, XXXIX, 5, 21, 1; cf. *D.*, XXIV, 1, 3, 12) : *Perinde sum quasi* a) *exactam a debitore meo summam,* b) *tibi donaverim et* c) *tu illam ei credideris.* Le délégant est censé avoir exigé de son débiteur le payement (cf. Paul., *D.*, L, 17, 180 : *Quod jussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset*), puis avoir donné son argent au délégataire, qui à son tour l'a prêté au délégué (p. 432, 1, *in fine*).

(3) Afr., *D.*, XVII, 1, 34 pr.; Ulp., *D.*, XII, 1, 5; XXIII, 3, 5, 8.

(4) La délégation est nulle lorsqu'elle sert à réaliser un acte illicite, comme une donation entre époux. Jul., *D.*, XXIV, 1, 39. Cf. p. 529, 6.

(5) Paul., *h. t.*, 19 : *Non facile scire petitor potest quid inter eum qui delegatus est et debitorem factum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.* Cf. *eod.*, 12; Ulp., *D.*, XLIV, 5, 1, 10. La règle souffre quelques exceptions motivées par des raisons particulières; pour empêcher une fraude à la loi (Ulp., *D.*, XVI, 1, 8, 4; XLIV, 5, 1, 8-9); pour assurer l'application des lois Julia et Papia Poppaea (Paul., *D.*, XXXVIII, 1, 37, 4); pour une raison d'équité (Jul. ap. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 7 pr., 1). Cf. Last, *Grunhut's Z.*, 1910, xxxvii, 463.

(6) Sauf le cas où, la délégation ayant eu lieu *dotis causa*, le mari réclame l'exécution de la promesse après la dissolution du mariage. Le délégué peut ici opposer l'exception de dol qu'il pourrait opposer à la femme, car c'est à elle que doit profiter l'action intentée par le mari. Paul., *D.*, XII, 4, 9, 1; Tryph., *D.*, XXIII, 3, 78, 5.

(7) Ulp., *h. t.*, 13; Jul., ap. Paul., *D.*, XLVI, 3, 59; Pomp., *eod.*, 66.

que la délégation serait aux risques du délégant : ici le délégataire a l'action *mandati contraria* contre le délégant (1). Mais il faut que celui-ci ne puisse reprocher au délégataire de n'avoir pas fait les diligences nécessaires pour obtenir son payement (Cf. C. civ. 1275-1276).

IV. Remise de dette.

L'obligation s'éteint lorsque le créancier renonce à son droit. Cette renonciation, consentie d'accord avec le débiteur, constitue la remise de dette. Anciennement, le droit civil exigeait l'emploi d'une solennité : *solutio per æs et libram* pour les obligations entraînant une *damnatio;* acceptilation verbale pour les obligations nées *verbis;* acceptilation littérale pour les obligations nées *litteris*. Cette règle a été maintenue par le droit classique et appliquée aux obligations formées de toute autre manière. Une exception a été faite pour les obligations résultant de contrats consensuels : elles s'éteignent par le seul accord des parties.

En généralisant la règle antique, le droit classique n'a pas cependant créé de forme nouvelle de libération ; un expédient a suffi : pour faire remise d'une dette à laquelle ne s'appliquent pas les formes anciennes, on commence par la transformer en une obligation verbale à l'aide d'une stipulation novatoire, puis on l'éteint par acceptilation (2). Dès lors l'acceptilation est devenue le mode le plus usité pour remettre une dette *jure civili* (3).

A côté des modes solennels de remise de dette, il y a un mode non solennel : le simple pacte. Mais la loi n'en reconnaît l'efficacité qu'en matière délictuelle : le pacte éteint *ipso jure* l'action de vol et l'action d'injures (561 ; 565). Le Préteur a généralisé l'application du pacte de remise et lui a donné effet *exceptionis ope*.

§ 1er. **Acceptilation.** — 1. Forme. — L'acceptilation consiste en une interrogation suivie d'une réponse concordante (4). En quoi elle ressemble à la stipulation, mais le rôle des parties est interverti : sur la demande du débiteur, le créancier déclare qu'il a reçu ce qui lui a été

(1) Pap., *D.*, XXI. 2, 68, 1 ; Paul, *D.*, XVII, 1, 45, 7 ; 22, 2. Si la délégation a eu lieu *dotis causa*, le mari doit-il être réputé avoir pris les risques à sa charge ? Il semble bien que les risques sont pour la femme, quand il n'y a aucune faute à imputer au mari (Paul. *D.*, XXIII, 3, 56 pr. ; 41, 3). L'argument *a contrario*, tiré de *D.*, XXIII, 4, 6, n'est pas décisif. Cf. Pellat, *Dot*, 168.

(2) On a admis, non sans hésitation, que l'acceptilation éteindrait directement l'obligation verbale résultant du *jusjurandum liberti* (Ulp., *h. t.*, 13 pr.). Quant à l'obligation née d'une *dotis dictio*, il n'y en a pas de preuve certaine.

(3) Les obligations formées *litteris* et celles qui entraînent une *damnatio* sont relativement très rares. Gaius ne parle même pas de l'acceptilation *litteris*. Mais on en trouve la trace dans la formule de la stipulation Aquilienne : *Habeo acceptumque tuli* (*Inst.*, III, 29, 2 ; Scæv., *D.*, XLVI, 3, 89 pr.). L'existence de ce mode de libération est certaine (Cic., 2e *in Verr.*, I, 36, 39 ; *Scriptor, de bello Alexandrino*, 56), mais on a peu de détails sur la forme à observer, Gaius n'en dit rien ; seul un passage de Pline (*Ep.*, II, 4, 2) en signale une application en matière de remise de dette, et prouve qu'il y avait concordance entre la forme suivie pour la libération du débiteur et celle qui était observée pour la création de l'obligation : *Quidquid mihi pater tuus debuit, acceptum tibi ferri jubeo*. On retrouve ici l'inscription sur le *codex* et le *jussus* du créancier correspondant au *jussus* donné par le débiteur pour la formation de l'obligation.

(4) Mod., *h. t.*, [*D.*, XLVI, 4], 1. Gaius, III, 169.

promis. Cette déclaration forme l'élément essentiel de la solennité, elle a une valeur indépendante du payement qu'elle constate (1). Elle n'exige plus l'emploi de termes sacramentels (2). Sauf cette atténuation, l'acceptilation est restée soumise à des règles rigoureuses, qui sont la conséquence de sa forme.

L'acceptilation exige la présence du créancier et du débiteur : elle ne peut se faire par mandataire. En cela, elle diffère du payement réel; elle en diffère encore quant à la capacité requise pour y prendre part : faire une acceptilation, c'est rendre sa condition pire, car on aliène une créance; recevoir une acceptilation, c'est rendre sa condition meilleure, car on se libère d'une dette. Un pupille, sorti de l'*infantia*, peut recevoir une acceptilation sans l'*auctoritas* du tuteur (p. 211); une femme ne peut faire une acceptilation sans son tuteur. De même, un fils de famille ou un esclave ne peut libérer par acceptilation un débiteur du chef de famille, mais il peut recevoir une acceptilation (3), ce qui lui permet de remplacer, dans une certaine mesure, le chef de famille absent. C'était un moyen d'écarter les inconvénients pratiques de la règle qui exige la présence et la capacité des parties. Il y en avait un autre d'une portée plus générale : la novation. Le mandataire de l'absent, le tuteur de l'*infans*, le curateur du fou transportent en leur personne la créance ou la dette, puis font ou reçoivent l'acceptilation (4).

L'acceptilation ne comporte aucune modalité, ni terme ni condition (p. 123) : elle constate un payement effectué; il y aurait contradiction à la subordonner à un événement futur. Mais on peut la subordonner à une condition tacite, par exemple en l'appliquant à une dette conditionnelle (5).

L'acceptilation ne peut avoir d'autre objet que celui de la stipulation (6). Cette règle, appliquée à la lettre, ne permettait pas de faire une acceptilation partielle, mais cette conséquence, contestée par Julien, fut écartée par Justinien, sauf pour les obligations indivisibles (7).

2. Effets. — L'acceptilation a des effets aussi étendus que le payement : elle éteint la dette avec ses accessoires, s'il y en a, d'une manière irrévocable (8). Consentie à la caution, elle libère le débiteur principal; consentie à l'un des codébiteurs solidaires, elle libère les autres (9).

(1) Il en était ainsi dès le temps de la loi Aquilia (p. 569, 4).

(2) Ulp., *h. t.*, 8, 4; 7. L'acceptilation, nulle pour un vice de forme, vaut comme pacte *de non petendo* (Ulp., *h. t.*, 19 pr.; Jul., *D.*, XVIII, 5, 5, pr.).

(3) Cels., *D.*, XLVI, 3, 71, 2; Paul., *eod.*, 63; Gaius, *h. t.*, 22.

(4) Ulp., *h. t.*, 13, 10.

(5) Pomp., *h. t.*, 12; Pap., *D.*, XIX, 5, 9; Ulp., *D.*, XXIII, 3, 43 pr. Tryph., *D.*, XX, 5, 12, 1 : *in suspenso haberi liberationem*.

(6) Ulp., *h. t.*, 13, 2-3. Julien (13, 4) trouve la règle trop étroite; il permet à celui qui a stipulé un esclave de faire acceptilation de Stichus.

(7) Gaius, III, 172; *Inst.*, III, 29, 1; Ulp., *h. t.*, 13, 1. Julien (*h. t.*, 17) admet la libération partielle du débiteur d'une obligation alternative par l'effet d'une acceptilation; il refuse cet effet au payement partiel. Cf. Accarias, II, 568, 3.

(8) Ulp., *h. t.*, 17, 7; Marc., *D.*, XLVI, 3, 49; Diocl., *C.*, VIII, 43, 2; 3.

(9) P. 375, 11. Ulp., *h. t.*, 16 pr. Voir cep. p. 530, 1. Cf. C. civ. 1285, 1287.

3. Applications. — Si l'acceptilation est fréquemment employée pour faire remise d'une dette, il faut bien se garder de croire que ce soit sa seule utilité en droit classique. Elle sert également : *a*) à libérer un débiteur dans les cas où il a le droit de l'exiger, soit en vertu d'un legs, soit lorsqu'il s'est obligé sous l'empire de la crainte ou sans cause (1); *b*) à constater la libération d'un débiteur : elle est préférable à une quittance écrite dont on pourrait contester l'authenticité; elle dispense aussi de prouver que le payement a été translatif de propriété, car elle produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper de la cause à laquelle elle se rattache; *c*) à constituer une dot : le mari, qui fait acceptilation de la somme qu'un tiers lui a promise à titre de dot, est censé l'avoir reçue, puis l'avoir donnée au promettant (2); *d*) à se désister de tous les droits réels ou de créance qu'on pourrait faire valoir contre une personne (3). On fait d'abord une novation collective de tous ces droits (4), puis on éteint par une acceptilation la créance ainsi formée. On emploie à cet effet une formule composée par Aquilius Gallus et appelée *stipulation Aquilienne* (5). C'était un moyen fort commode pour donner décharge à un mandataire général à la fin de sa gestion ou pour exécuter une transaction (6).

§ 2. **Pacte de remise.** — Le *pactum de non petendo* est un mode non solennel de faire remise de toute espèce d'obligation. Moins exigeant que le droit civil, le droit prétorien se contente de l'accord des parties. C'est un progrès réalisé par la législation romaine et une nouvelle victoire de l'équité sur le droit strict.

Le pacte de remise peut être exprès ou tacite, à terme ou sous condition; il n'exige pas la présence des parties (7); il peut être fait par toute personne capable de consentir valablement, par un mandataire conventionnel ou légal (8), par une personne *alieni juris* pour les

(1) Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXIV, 3, 3, 3; Ulp., *h. t.*, 19, 1.

(2) Jul., *D.*, XXIII, 3, 49. Cf. p. 177, 5.

(3) Elle s'applique à toute espèce d'obligation pure et simple ou à terme, aux droits garantis par une action personnelle ou réelle *(actio, petitio)* ou par une *persecutio* (Ulp., *D.*, L, 16, 178, 2), aux obligations résultant soit de la rétention injuste de la chose d'autrui, à titre de propriétaire, détenteur ou possesseur *(quod tu meum habes, tenes possidesve)*, soit du fait d'avoir cessé par dol de la posséder. La formule de cette stipulation, rapportée dans Inst., III, 20, 2; Flor., *h. t.*, 18, 1, contient des additions au texte primitif : clauses sur la *persecutio*, sur celui qui *dolo desiit possidere* ; distinction de la détention et de la possession.

(4) Pour rendre possible cette novation, on stipule, non pas les droits quelconques du stipulant contre le promettant, mais leur valeur pécuniaire. Cette transformation était surtout nécessaire pour éteindre *ipso jure* les prétentions à la propriété ou à la possession. Elle est analogue à celle qui résulte de la *litisc.*

(5) Elle comprend deux actes distincts : une stipulation, puis une acceptilation. Pour abréger, on désigne l'ensemble sous le nom de stipulation Aquilienne. Cette stipulation était encore en usage au milieu du VIIe siècle de notre ère. Dans un papyrus du British Museum (*Inv.*, 2017), elle est appelée Ἀκυλιανὴ καὶ περιεκτικὴ [καὶ] διαλυτικὴ ἀμεριμνεία (H.-I. Bell, *Byz. Z.*, XXII, 393).

(6) Ulp., *D.*, II, 15, 2; Paul, *eod.*, 15. La stipulation Aquilienne, comme la transaction, intervient souvent à l'occasion d'un droit litigieux (Pap., *eod.*, 5), mais ce n'est pas essentiel, comme le pense Accarias (II, 578) : l'analogie qui existe entre la formule Aquilienne et une formule d'action s'explique historiquement (note 4).

(7) Paul, *h. t.*, [*D.*, II, 14], 2, 1; Lab., ap. Paul, 2 pr.

(8) Paul, *eod.*, 4, 1. Le pacte ne peut pas être invoqué directement par le mandant ou contre lui à cause de la règle : *Res inter alios acta*... mais, à défaut de

créances comprises dans son pécule, pourvu qu'elle en ait la libre administration et qu'elle n'ait pas agi *animo donandi* (p. 145, 1).

Mais le pacte de remise n'éteint pas la dette *ipso jure* : il fournit seulement au débiteur une exception pour écarter la demande du créancier (1). En pratique, le résultat est sensiblement le même : l'obligation est *inanis* (2); l'action du créancier est *quasi nulla*. Toutefois, les effets du pacte sont plus ou moins étendus, au gré des parties.

a) Elles sont libres de changer d'avis : dans ce cas, le créancier paralysera l'exception du pacte *de non petendo* par une réplique fondée sur le pacte *de petendo* (3).

b) En cas de pluralité de débiteurs, il faut distinguer si le pacte est *in personam* ou *in rem*, c'est-à-dire si le créancier a ou non désigné les personnes qui doivent en profiter : le pacte *in personam* ne peut être invoqué que par la personne désignée (4); le pacte *in rem* consenti au débiteur peut être invoqué par ce débiteur et par tous ceux qu'il a intérêt à voir libérer, tels que ses fidéjusseurs ou ses codébiteurs solidaires associés (5). Mais le pacte de remise consenti au fidéjusseur ne peut être invoqué par le débiteur principal : le créancier qui libère la caution n'est pas censé renoncer à son droit de créance. Si cependant il était démontré que telle a été son intention, le débiteur principal aurait contre lui l'exception de dol.

c) En cas de pluralité de créanciers, le pacte consenti par l'un des cocréanciers solidaires ne peut être opposé aux autres, à moins qu'ils ne soient associés (6).

C'est ainsi que le pacte *de non petendo*, bien que moins énergique dans ses effets que l'acceptilation, se prête beaucoup mieux à réaliser l'intention des parties (p. 787, 1) : il a été d'un usage très général.

§ 3. *Contrarius consensus.* — Les obligations résultant d'un contrat consensuel (vente, louage, etc.) s'éteignent par le seul accord des parties (p. 611, 5). Le pacte de remise réciproque éteint le droit d'action de chacun des contractants parce que l'exception de pacte est sous-entendue dans les contrats de bonne foi. Mais il faut que les choses soient entières (7), c'est-à-dire que le contrat n'ait été exécuté par

l'exception de pacte, on donne l'exception de dol (Ulp., *h. t.*, 10, 2; 12; Gaius, 28, 1; Paul, 15).

(1) Ulp., *h. t.*, 7 pr., 7. Si le pacte a été obtenu par dol, le créancier répondra à l'exception de pacte par une réplique de dol (Carac., *C.*, VIII, 35, 3).

(2) Marcel., ap. Ulp., *D.*, XVI, 1, 8, 9; Pap., *D.*, XLVI, 3, 95, 2.

(3) Ulp., *D.*, IV, 3, 7, 8; Paul., *h. t.*, 27, 2.

(4) Ulp., *h. t.*, 7, 8; 22; Paul., 25, 1; 17, 3.

(5) Ces règles expriment l'état du droit sous Justinien. G. Rotondi (*Di alcune riforme Giustinianee relative al pactum de non petendo*, 1913) a démontré que les compilateurs ont modifié les effets du pacte de remise à l'égard de l'héritier, du fidéjusseur, du codébiteur solidaire associé. Ils ont donné à la distinction du pacte *in rem* et *in personam* une importance qu'elle n'avait pas chez les classiques. D'après le droit classique, le pacte ne profite à l'héritier que s'il contient la *mentio heredis* (Jul., *D.*, XXIV, 3, 31, 1; Paul., *h. t.*, 19, 1; 21 pr.; XXIII, 4, 20, 2); il profite toujours au fidéjusseur en raison du caractère accessoire de son obligation; il ne profite jamais au codébiteur solidaire (Jul., *D.*, XLVI, 3, 34, 11.

(6) Paul., *h. t.*, 25 pr.; 23; Jul., 25, 2. Cf. p. 376, 2.

(7) Jul., ap. Paul., *D.*, XVIII, 5, 3; 5, 1 : *Si res secuta non fuerit*; Pap., *D.*,

aucune des parties, car un pacte extinctif ne peut créer une obligation de restituer.

V. Compensation.

La compensation est la balance des sommes que deux personnes se doivent réciproquement (1). En vertu d'une convention expresse ou tacite, les deux créances se neutralisent si elles sont égales; sinon, celui en faveur de qui est la balance reste créancier de l'excédent. Cette convention fut usitée, sans doute, à l'origine, dans les rapports des banquiers avec leurs clients (2).

La compensation a pris un caractère juridique lorsqu'on a pu l'imposer judiciairement; mais ce fut une grave innovation qui a pénétré difficilement dans la législation. Elle dérogeait à deux principes fondamentaux : d'abord au principe que tout débiteur est tenu d'exécuter son obligation; ici il peut s'y refuser jusqu'à concurrence du montant de sa créance; puis au principe de l'unité de question posée au juge : ici une double créance est soumise à son appréciation, l'une par le demandeur, l'autre par le défendeur. Pour faire admettre cette double dérogation, il a fallu une raison d'équité puissante, jointe à une raison de commodité. Raison d'équité : en forçant le débiteur poursuivi à payer sans lui permettre d'exciper de sa créance, on lui fait courir le risque de l'insolvabilité de son débiteur lorsqu'il le poursuivra à son tour; en lui appliquant le droit commun, on le met dans un état d'infériorité; l'équité proteste contre cette inégalité; de là, la maxime : *Interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (3). Raison de commodité : on évite un double transport de numéraire ; la compensation facilite les payements.

§ 1. **La compensation avant Marc-Aurèle.** — La faculté, accordée au défendeur d'opposer une créance en compensation, n'est pas sans inconvénient : elle favorise la chicane, en permettant d'invoquer une prétendue créance dont la vérification retardera la solution du procès. Aussi a-t-on rigoureusement déterminé les cas où la compensation est possible : jusqu'à Marc-Aurèle il n'y en eut que trois (4).

XLVI, 3, 95, 12 : *Priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur.* Cette restriction doit-elle être prise à la lettre? La question était discutée au temps de Trajan et d'Hadrien. Au IIIe siècle, Paul estime que si l'une des parties a, suivant l'usage, stipulé ce qui lui est dû, il n'y a pas là un acte d'exécution du contrat; de même si l'acheteur a reçu un fidéjusseur; mais ici le pacte ne peut être invoqué qu'*exceptionis ope*. Un siècle plus tôt, Ariston admettait l'efficacité du pacte *de n. p.* consenti à l'acheteur après livraison de la marchandise, mais à charge de restituer au préalable tout ce qu'a donné le vendeur. Cette solution est commandée par la bonne foi dont on doit s'inspirer dans l'interprétation des contrats consensuels. NERAT., *D.*, II, 14, 58.

(1) MOD., *h. t.*, [*D.*, XVI, 2], 1 : *Debiti et crediti inter se contributio.* Le mot compensation *(pendere cum)* éveille l'idée d'une pesée, d'une balance.

(2) Au milieu du VIe siècle, la compensation conventionnelle avait déjà reçu d'autres applications; on en trouve des exemples dans Caton (*R. r.*, 144, 145). Cf. APPLETON, *Hist. de la compensation*, 1895, p. 68.

(3) POMP., *h. t.*, 3.

(4) On cite parfois deux cas de compensation légale admis de bonne heure par la jurisprudence : l'un en faveur du mari qui a fait des dépenses nécessaires pour la dot dont il est débiteur, l'autre en faveur du père de famille créancier du pécule

1° Dans les actions de bonne foi, le juge a la faculté de compenser les obligations réciproques des plaideurs (1), alors même qu'elles seraient d'espèces différentes, mais pourvu qu'elles dérivent de la même cause. La différence d'espèces n'a pas d'importance, puisque c'est le juge qui estime la valeur pécuniaire de chaque créance. L'identité de cause est nécessaire, car le juge a reçu mission de s'occuper des obligations résultant d'un contrat déterminé : pour tous autres rapports existant entre les plaideurs, il est incompétent. De plus, les obligations qui naissent d'un contrat de bonne foi sont entre elles dans une étroite dépendance; elles forment comme un tout indivisible (2) : l'équité commande en général de les apprécier simultanément (3), mais le juge reste libre de ne pas le faire.

2° Le banquier *(argentarius)*, qui agit en justice contre un de ses clients, ne peut lui demander une somme supérieure à celle qui résulte de la balance de leurs comptes, sous peine de perdre sa créance pour *plus petitio*. Mais une double condition est nécessaire : que les dettes réciproques soient exigibles, qu'elles aient pour objet des choses de même nature et de même espèce, ou, suivant certains jurisconsultes, de même qualité (4).

L'obligation, imposée au banquier, a son fondement dans la coutume. Elle se justifie par la nature des rapports qui se forment entre le banquier et son client : il est tacitement convenu que les diverses opérations qu'ils pourront faire seront envisagées comme les articles d'un compte courant qui se réglera à une époque déterminée. Les parties établissent entre leurs créances réciproques une connexité qu'il ne dépend pas du banquier de méconnaître en exigeant isolément le payement de ce qui lui est dû. — L'exécution de l'obligation imposée aux banquiers est assurée par le Préteur; il y a pour eux une formule spéciale : ils sont tenus d'agir *cum compensatione*. Le banquier qui demanderait une formule ordinaire s'exposerait à un refus. L'emploi d'une formule appropriée était d'autant plus nécessaire que l'action intentée par le banquier est une action de droit strict *(certæ creditæ pecuniæ* ou *certæ rei)*. Cette formule mentionne les créances réciproques

confié à son fils ou à son esclave et tenu de ses engagements *de peculio*. Mais l'application de la règle *impensas necessarias ipso jure dotem minuere* (p. 187, 4), ou *ipso jure minutum esse peculium* (Afr., *D.*, XIX, 1, 30 pr.), n'aboutit pas toujours à une compensation : si la dot a pour objet un corps certain, le mari n'acquiert, en droit classique, qu'un droit de rétention; quant au pécule, s'il a été légué *per vindicationem* et comprend des corps certains, la créance du chef de famille se transforme en un droit de copropriété (Ulp., *D.*, XXXIII, 8, 6 pr.).

(1) Gaius, IV, 61, 63.

(2) Paul, *h. t.*, 9, 1 : *Quia unus contractus est*. Cela est vrai surtout dans les contrats synallagmatiques parfaits. Pour les contrats synallagmatiques imparfaits, le lien entre les deux obligations est moins étroit; et l'on a prévu le cas où le juge ne tiendrait pas compte de la compensation : on a créé l'action contraire (p. 387). L'une des causes qui empêcheront le juge de compenser, c'est que la créance n'est pas liquide (Pomp., *D.*, XXVII, 3, 3).

(3) Il en est ainsi même si l'une des deux obligations est une obligation naturelle (Paul, *h. t.*, 9 pr.; Ulp., 6). Ce dernier texte, qui a reçu au Digeste une apparence générale, est emprunté au livre dans lequel Ulpien traitait du contrat de société : il suppose donc une compensation *ex eadem causa*.

(4) Gaius, IV, 66-68. Cf. Biondi, *La compensazione*, 1927, p. 21.

des parties, mais son *intentio* a pour objet exclusif le solde en faveur du banquier (1).

Le client qui agit contre le banquier n'est pas tenu d'agir *cum compensatione* (2), mais, par une juste réciprocité, le banquier a le droit de lui opposer l'exception *pensatæ pecuniæ* pour donner au juge le pouvoir d'opérer la compensation dans la mesure de ce qui lui est dû (3).

3° Celui qui achète le patrimoine d'un insolvable ne doit en principe payer aux créanciers qu'un dividende. Cette règle, appliquée à un créancier qui serait en même temps débiteur de l'insolvable, conduirait à un résultat inique : il ne pourrait exiger qu'une quote-part de sa créance, alors qu'il resterait tenu de l'intégralité de sa dette. On prévient cette iniquité en forçant le *bonorum emptor* à agir *cum deductione*, à déduire de la créance de l'insolvable ce que celui-ci doit au défendeur.

La *deductio* du *bonorum emptor* diffère à plusieurs égards de la *compensatio* du banquier : *a)* la *deductio* figure dans la *condemnatio;* c'est une restriction au pouvoir de condamner conféré au juge. La *compensatio* doit être faite dans l'*intentio ;* c'est une restriction au droit du demandeur. Par suite le *bonorum emptor* ne court pas le risque d'une *plus petitio* comme le banquier : alors même qu'il réclamerait un *certum*, la *condemnatio* sera *incerta*. — *b)* Tandis que la *compensatio* est faite par le banquier, la *deductio* est opérée par le juge : il estime la valeur pécuniaire de la créance du défendeur. Il n'est donc pas nécessaire que cette créance soit exigible, ni qu'elle ait un objet de même nature que la créance du *bonorum emptor* (4).

L'obligation d'agir *cum deductione* est assurée par les formules spéciales que le *bonorum emptor* doit demander pour faire valoir les créances de l'insolvable : formule Rutilienne ou formule Servienne, suivant que l'insolvable est vivant ou décédé (p. 904).

En dehors de ces trois cas, le défendeur qui avait une créance contre le demandeur devait former contre lui une demande reconventionnelle (5). Cette demande faisait l'objet d'une action séparée et donnait lieu à la délivrance d'une formule distincte, bien qu'il fût d'usage de la renvoyer devant le juge de l'action principale. Si les deux demandes étaient reconnues fondées, le juge n'avait pas mission d'opérer la compensation (6), mais les parties avaient tout avantage à faire une compensation de leurs créances respectives jusqu'à concurrence de la plus faible.

(1) Gaius, IV, 64. Les créances du banquier ne résultent pas nécessairement d'un *nomen transcripticium*, comme le suppose Eisele (*Die Compensation*, 1876) : elles peuvent, d'après Gaius (IV, 66), avoir pour objet du vin ou du blé.

(2) Cf. Karlowa, II, 825 ; Appleton, 108.

(3) Ulp., *D.*, XXII, 3, 19, 4. Cf. sur cette exception, Lenel, II, 253 ; Appleton, 114.

(4) Gaius, IV, 65-68 ; 35. Cf. Biondi, p. 30.

(5) *Mutua petitio* (Marcel., *D.*, XVII, 1, 38 pr.). Le cas était très fréquent (Quint., III, 10). Le renvoi à un seul juge était vu si favorablement que l'on dérogeait aux règles ordinaires de la procédure (Ulp., *D.*, L, 13, 1, 15). Cf. Biondi, p. 105.

(6) On a objecté Senec., *De ben.*, VI, 5 : *Debitor discede qui creditor veneras.* Mais la suite du texte, où l'interlocuteur de Sénèque rapporte ce qu'on enseigne dans les écoles de droit, prouve que les actions restaient séparées.

§ 2. **Le rescrit de Marc-Aurèle.** — Marc-Aurèle donna à la compensation une portée plus large : il permit de l'invoquer dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol (1). Les contrats de droit strict étant unilatéraux, la compensation a lieu nécessairement *ex dispari causa* : le juge est saisi par le défendeur d'une demande qui ne se rattache pas à la demande principale, mais qui a pour but de rendre manifeste le dol du demandeur. Le dol consiste à réclamer ce qu'on doit rendre : *Dolo facit qui petit quod redditurus est* (2).

§ 3. **La compensation après Marc-Aurèle.** — Le silence des textes sur les conséquences de l'innovation de Marc-Aurèle est assez surprenant (3). Sans doute les réformes de Justinien, en matière de compensation, rendaient inutiles les commentaires des jurisconsultes classiques. Mais les compilateurs leur ont emprunté, en les remaniant, une série de décisions relatives à la compensation de l'*argentarius*, à la

(1) Comment l'exception de dol a-t-elle pour effet d'amener la compensation ? Est-ce en donnant au juge le pouvoir de diminuer la condamnation réclamée par le demandeur, ou en forçant le demandeur à réduire sa prétention ? Il faut distinguer trois cas : si les deux créances sont égales, le défendeur est absous ; si la créance du défendeur est plus forte, il est également absous, mais il conserve son action pour ce qui lui reste dû ; enfin si la créance du défendeur est plus faible, Justinien dit qu'il sera condamné à payer la différence (*Inst.*, IV, 6, 39). En était-il de même à l'époque classique? C'est fort douteux : l'exception est une condition négative apposée à l'*intentio* ; si elle est vérifiée, le défendeur doit être absous (Gaius, IV, 119 ; Ulp., *D.*, XLIV, 1, 2 pr.). Le demandeur doit donc avoir soin de ne pas laisser insérer l'exception dans la formule ; il doit faire lui-même la compensation pour ne pas s'exposer à perdre sa créance tout entière. — On a allégué en sens inverse Paul (*eod.*, 22 pr.) : *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Mais ce texte n'est pas probant, car de deux choses l'une : ou le mot *conditio* est pris dans son sens technique, et alors le texte a été tronqué ; Paul n'a pu dire qu'une modalité, qui suspend la perfection d'un droit, diminue une condamnation ; ou le mot *conditio* n'est pas pris dans son sens technique, et alors le texte ne peut servir à résoudre notre question. Paul fait allusion aux restrictions introduites dans la formule pour limiter la condamnation *(duntaxat de peculio, duntaxat quod facere potest)*. Cette manière de voir a été très fortement établie par Ortolan (III, 662). Cf. Appleton (p. 338-391), qui invoque Pomp., *D.*, XXXIV, 2, 34, 1. Biondi, p. 142.

(2) Paul, *D.*, L, 17, 173, 3. L'innovation n'est connue que par un texte très laconique (*Inst.*, IV, 6, 30). Elle soulève plusieurs difficultés qui ne peuvent être toutes résolues d'une manière sûre : 1° Fut-elle étendue par le droit classique aux actions de bonne foi? La logique semble l'exiger : si la compensation est admise *ex dispari causa* dans les actions de droit strict, elle doit l'être à plus forte raison dans les actions de bonne foi. Mais cette conséquence n'apparaît pas dans les textes avant Justinien (*C.*, IV, 31, 14 ; 34, 11). Il est très douteux qu'à l'époque classique le juge ait pu connaître de toutes les dettes réciproques existant entre les parties : sa mission était limitée par le *qua de re agitur* de la formule (Cf. Ortolan, III, 675). — 2° Est-ce un dol de ne pas tenir compte d'une dette quelconque? Malgré le silence des Institutes, il faut exclure les dettes nulles d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien (Ulp., *D.*, XVI, 2, 7 pr.) ; il faut aussi exclure les dettes non échues, car on ne peut enlever au débiteur le bénéfice du terme. C'est ce que disait Javolenus (*h. t.*, 14) de la *deductio* du *bonorum emptor* (cf. Lenel, I, 285). Faut-il exclure les dettes qui ne sont pas liquides et certaines? Il est difficile d'imputer un dol au demandeur qui ne tient pas compte d'une créance contestée ou indéterminée. Il semble donc qu'on ne pouvait opposer en compensation qu'une créance juridiquement obligatoire, exigible, liquide et certaine : mais ce serait là une règle absolue, qui se comprendrait si la compensation s'opérait mécaniquement par la seule force de la loi ; elle se justifie moins bien dans le système de la compensation judiciaire : le dol est une question de fait (Paul, *D.*, XLIV, 4, 1, 2).

(3) Ortolan (III, 664) cite Paul (II, 5, 3). Mais ce texte a été maladroitement remanié par les compilateurs du Bréviaire d'Alaric : on y trouve juxtaposées la *compensatio* et la *deductio* avec une allusion à la *pluspetitio* qui n'est possible que vis-à-vis de l'*argentarius*, il n'y a pas trace de l'exception de dol.

deductio du *bonorum emptor ;* on ne voit pas pourquoi ils ont laissé de côté celles qui concernaient notre rescrit. Peut-être ce rescrit n'eut-il pas en pratique la portée que Justinien paraît lui attribuer (1).

La compensation n'en a pas moins reçu une application plus large que par le passé. Jurisconsultes et empereurs expriment très nettement l'idée de faire prévaloir la raison d'équité qui motive la compensation et de la soustraire à l'arbitraire du juge (2) : on va même jusqu'à dire que l'équité introduit ici un droit strict *(merum jus)* (3). On résolut d'en assurer l'observation dans le cas même où le défendeur forme une demande reconventionnelle par une action séparée *(mutua petitio) :* des constitutions prescrivent de surseoir à l'exécution de la condamnation sur la demande principale jusqu'après le jugement sur la demande reconventionnelle (4). Dès lors, aucun des plaideurs ne peut exiger le montant de la créance liquidée par le juge, sans déduire ce qu'il doit à son adversaire ; sinon, celui-ci, poursuivi par l'action *judicati*, n'a qu'à opposer l'exception de dol pour obtenir la compensation (5).

S'il reste encore bien des points obscurs dans l'histoire de la compensation (6), un fait du moins est certain : c'est que la compensation en droit classique n'opère pas par la seule force de la loi, à l'insu du débiteur (7). Il dépend de lui de l'invoquer ou d'y renoncer : s'il l'invoque et qu'il ait plusieurs créances, il peut choisir celle qu'il veut compenser; s'il y renonce, il conserve le droit de réclamer ultérieurement le payement de ce qui lui est dû (8); il n'est pas censé avoir payé l'indû en connaissance de cause, avoir fait une libéralité.

§ 4. **La compensation sous Justinien.**— La compensation a été soumise par Justinien à des règles nouvelles : *a*) Elle ne doit être admise par le juge que si la créance opposée par le défendeur est liquide. On n'exige pas, comme en droit moderne, que la créance puisse être exprimée par un chiffre : il suffit qu'elle soit facile à vérifier et à

(1) Appleton (261, 281) conjecture que le rescrit a statué sur un cas particulier, impliquant un dol du demandeur. Suivant lui, le procédé normal pour obtenir compensation consistait à former séparément une demande reconventionnelle qui était soumise au juge de l'action principale. Cf. Biondi, p. 43.

(2) Pap., *D.*, XXXIV, 9, 15; Alex. Sev., *C.*, IV, 31, 5 et 6.

(3) Pap., *D.*, XXVI, 7, 36 : *Æquitas, quæ merum jus compensationis inducit. Merum jus* est d'ordinaire le contraire de l'équité : c'est le droit pur, rigoureux, absolu. Plaute (*Rud.*, 1044 et 1058) oppose le *jus merum* au *jus bonum*. Cf. Paul, XLI, 3, 4, 27; Ulp., *D.*, IV, 4, 16 pr. Papinien (*D.*, V, 1, 40) oppose la *judicis potestas* à la *juris necessitas*. Les compilateurs lui ont attribué leur conception personnelle.

(4) Macer., *D.*, XLIX, 8, 1, 4; Alex. Sev., *C.*, IV, 31, 6; V, 21, 1.

(5) Pap., *h. t.*, 16, 1; Carac., *C.*, V, 31, 2.

(6) La cause principale de cette obscurité tient à l'insertion au Digeste de décisions inspirées par des théories divergentes et aux remaniements subis par les textes classiques pour les mettre d'accord avec les réformes de Justinien. Elle a été en partie dissipée par la découverte du manuscrit de Gaius et par le classement méthodique des textes appartenant aux commentaires de l'édit. Ce classement a été fait par Appleton (*op. cit.*).

(7) On a invoqué en sens contraire un rescrit de S. Sévère d'après lequel les deux créances cessent de produire des intérêts, à dater du jour où elles coexistent et dans la mesure où la compensation a lieu (Paul, *h. t.*, 11). Mais cette décision paraît avoir été rendue pour régler les rapports entre associés : la gestion de la société donnait lieu fréquemment à des créances réciproques, que la bonne foi commandait de compenser. Cf. Eisele, *Die Compensation*, 174; Appleton, 85.

(8) Gaius, *h. t.*, 5; Ulp., *h. t.*, 7, 1 (textes écrits en vue de l'*argentarius*).

estimer en argent. On a voulu remédier à un abus, empêcher le défendeur de retarder la solution du litige en formant au dernier moment une demande reconventionnelle plus ou moins compliquée (1). On n'exige pas non plus que la créance du demandeur soit liquide : les difficultés que peut soulever la liquidation de cette créance ne sauraient priver le défendeur du bénéfice de la compensation.

b) La compensation peut être opposée aux actions réelles comme aux actions personnelles. Cette règle, assez étrange au premier abord, ne signifie pas que l'on peut compenser deux choses aussi dissemblables qu'un objet corporel et une créance : la compensation ne se conçoit que pour les prestations pécuniaires auxquelles une action réelle peut donner lieu, par exemple en raison des fruits consommés par un possesseur de mauvaise foi ou qu'il a négligé de percevoir.

c) La compensation a lieu *ipso jure* en vertu de toute espèce d'action. Cela ne veut pas dire que la compensation soit légale, comme en droit moderne : une pareille compensation ne serait possible ni dans les actions réelles, ni dans les actions personnelles ayant pour objet autre chose que de l'argent. Les mots *ipso jure* signifient sans doute que désormais le droit civil permet au juge de tenir compte de la compensation (2); il n'y a plus comme autrefois des procédés distincts pour la faire valoir *(compensatio, deductio, exceptio doli)* (3).

d) La compensation est exclue en cas de dépôt, de commodat, de spoliation. La restitution de l'objet déposé, prêté ou enlevé par violence ne doit être retardée par aucune demande reconventionnelle (4).

VI. Impossibilité d'exécution.

L'obligation s'éteint lorsque la prestation est devenue impossible en fait ou en droit. Cette règle comporte deux restrictions : si le débiteur est en faute ou en demeure, il doit réparer le préjudice causé (5) ; il est toujours tenu de son enrichissement (6).

Sous cette double réserve, le débiteur est libéré : par la *perte fortuite* de la chose due lorsqu'elle consiste en un corps certain (7) ;

(1) C. civ. 1291. Pour le même motif, *Nov.* 96, c. 2, oblige le défendeur à former sa demande reconventionnelle au début de l'instance, et devant le juge saisi de la demande principale, alors même qu'il serait incompétent pour connaître directement de la demande reconventionnelle (ZENO, *C.*, VII, 51, 5; JUST., VII, 45, 14). Le défendeur peut cependant récuser le premier juge dans les 20 jours de l'assignation et demander le renvoi des deux demandes devant un autre juge.

(2) Justinien donne des instructions aux juges sur la manière dont ils doivent l'admettre; il a conservé au Digeste les textes classiques sur la compensation judiciaire. Cf. BIONDI, p. 127.

(3) *C.*, IV, 31, 14. L'erreur des anciens interprètes qui avaient cru trouver dans le droit romain la compensation légale, est d'autant plus excusable qu'elle a été commise par Théophile dans sa paraphrase. Peut-être a-t-elle aussi motivé l'interpolation de *C.*, IV, 31, 4. Cf. APPLETON, *Compensation*, 418-483.

(4) *C.*, IV, 34, 11; IV, 31, 14, 2. Cf. C. civ., 1293, 1885.

(5) Le débiteur, qui a promis la chose d'autrui et ne peut se la procurer, est responsable du préjudice causé par l'inexécution d'un engagement qu'il a eu l'imprudence de contracter (POMP., *D.*, XIX, 2, 9 pr.; cf. XIII, 5, 14, 2).

(6) GAIUS, *D.*, XVIII, 1, 35, 4.

(7) POMP., *D.*, XLVI, 3, 107. Le fait d'autrui est considéré comme un cas fortuit (JUL., ap. PAUL., *D.*, XLV, 1, 91, 1). Cf. C. civ. 1302. Mais le créancier peut exercer l'action de dol contre le tiers (p. 571, 2).

par la mise hors du commerce de cette chose ; lorsque le créancier n'a plus d'intérêt pécuniaire à la prestation (1); lorsqu'il est devenu propriétaire de la chose due, autrement qu'en exécution de la promesse (2). Si cependant le créancier a fait des déboursés pour se procurer la chose, il a le droit de les réclamer. Le débiteur n'est donc, à vrai dire, entièrement libéré que si le créancier a acquis la chose à titre gratuit : on dit qu'il y a ici *concours de deux causes lucratives* (3).

Le débiteur est également libéré lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la même tête : le créancier devient l'héritier du débiteur ou réciproquement. On dit ici qu'il y a *confusion*.

Certains jurisconsultes présentent la *confusion* comme un mode d'extinction des obligations analogue au payement (4) ; ils en concluent que les débiteurs accessoires sont libérés (5). Cette manière de voir peut être acceptée lorsqu'il n'y a qu'un débiteur principal et un créancier; elle ne suffirait pas à expliquer les solutions données en dehors de ce cas (6). Aussi d'autres jurisconsultes distinguent-ils la confusion du payement pour en faire un mode civil d'extinction des obligations (7). Cette opinion est la plus exacte (8). A vrai dire, la confusion n'est qu'un obstacle au droit d'action : l'obligation est éteinte parce qu'on ne peut se poursuivre soi-même. Par suite on doit restreindre les effets de la confusion dans les limites de l'impossibilité légale qu'elle produit (9). Si donc l'obstacle est levé, par exemple si le testament est rescindé par la plainte d'inofficiosité, la créance recouvre toute sa force (10). De même s'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs principaux, l'obligation ne disparaît pas tout entière : elle subsiste au moins en partie, parfois pour le tout, suivant qu'il y a ou non société (11).

VII. **Intransmissibilité de certaines obligations.**

Dans l'ancien droit certaines obligations s'éteignaient au décès du créancier ou du débiteur; elles étaient intransmissibles aux héritiers :

(1) Cass., ap. Jul., *D.*, XIX, 2, 32. Cf. Ed. Cuq, *Colonat partiaire*, 42.
(2) Paul, *D.*, XLVI, 3, 61. Cette règle est fondée sur une double raison : absence de préjudice pour le créancier; impossibilité de livrer deux fois la même chose (Afr., *D.*, XXX, 108, 4 ; Jul., *eod.*, 84, 1 ; Paul., II, 17, 8).
(3) Jul., *D.*,XLIV, 7, 17. Cf. Labbé, *Études*, p. 218.
(4) Paul., *D.*, XXI, 2, 41, 2; Pap., *D.*, XLVI, 3, 95, 2 : *Aliquando pro solutione cedit;* Afr., *D.*, XXIV, 3, 33.
(5) Jul., *D.*, XXI, 2, 40; cf. p. 653, 2.
(6) La confusion opérée en la personne du fidéjusseur ne libère pas le débiteur (Ulp., *D.*, XLVI, 3, 43 *in fine;* Jul., ap. Afr., *D.*, XLVI, 1, 21, 3 et 5).
(7) Pomp., *D.*, XLVI, 3, 107; Pap., *D.*, XLVI, 1, 50; Paul, *D.*, XXXV, 2, 1, 18. La confusion éteint l'obligation *ipso jure* comme l'acceptilation (Mod., *D.*, XLVI, 3. 75). On ne peut léguer une créance éteinte par confusion (*D.*, XXXIV, 3, 21, 1).
(8) Ces divergences sur la conception de la confusion remontent au Ier siècle. Les Sabiniens attribuaient volontiers à la confusion des effets absolus : *(Actionem) intercidere putant, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuerit.* Les Proculiens les restreignaient dans la mesure où elle faisait obstacle au droit d'action : *quiescere actionem putant quod ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam ressuscitari.* Gaius, IV, 78.
(9) J.-E. Labbé, *Études sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 1. 5. 8. Cf. C. civ. 1300, 1301.
(10) Paul., *D.*, V, 2, 21, 2.
(11) Jul., ap. Afr., *D.*, XLVI, 1, 21, 4; Paul, *eod.*, 71 pr.

c'étaient celles qui résultaient d'un acte par lequel on engage sa foi à autrui. Il en était autrement des obligations résultant d'une *damnatio*.

On a prétendu que l'intransmissibilité fut, aux premiers siècles, une règle générale, et non une conséquence de la nature de l'acte générateur de l'obligation. Il y a cependant une catégorie de dettes qui passaient certainement aux héritiers : l'obligation aux *sacra privata*. L'idée de la transmissibilité des dettes n'était donc pas étrangère aux Romains des premiers âges (1). Elle s'appliquait à certaines obligations qui étaient considérées comme un avantage ou une charge pour la maison plutôt que pour le chef de famille, qui profitaient aux héritiers ou leur étaient opposables en qualité de continuateurs de la maison (2).

Lorsque au ve siècle s'introduisit la notion nouvelle d'obligation, le rapport qui en résulta fut considéré comme strictement personnel. L'engagement contracté impliquait une confiance réciproque; or, la confiance ne se transmet pas; les parties traitaient en considération de la personne *(intuitu personæ)*. Cela est resté vrai pour certains contrats tels que le mandat et la société. Il en fut de même, jusqu'à Justinien, de l'obligation de restituer la dot, imposée au mari par la loi : elle avait pour but d'assurer à la femme des moyens d'existence (p. 183, 4).

L'idée de l'intransmissibilité des créances et des dettes résultant d'une stipulation a laissé des traces dans le droit classique. Telle est la règle d'après laquelle nul ne peut stipuler ni promettre pour une date postérieure à sa mort. Gaius l'explique en disant qu'il est contraire à l'élégance du droit qu'une obligation prenne naissance en la personne de l'héritier; mais cette raison est insuffisante : au lieu de supposer que les parties ont voulu différer jusqu'au décès de l'une d'elles la naissance de l'obligation, on devrait plutôt présumer qu'elles entendent en retarder l'exigibilité. Aussi la règle a-t-elle été écartée par Justinien (3). Elle n'a pu s'introduire qu'à une époque où créances et dettes étaient intransmissibles : stipuler ou promettre pour une date postérieure à sa mort, c'était faire un acte inutile et qui ne pouvait

(1) Divers textes confirment cette manière de voir : Tite-Live (VIII, 28) cite l'exemple d'un fils qui, après la mort de son père, fut *nexus* en raison d'une dette paternelle. Des rescrits de Gordien et de Dioclétien (*C.*, III, 36, 6 ; IV, 16, 7 ; cf. PAUL, *D.*, X, 2, 25, 9) affirment que, d'après les Douze Tables, les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. Ces derniers textes sont, il est vrai, d'une époque assez basse, mais il n'y a nulle raison d'en contester l'exactitude.

(2) GAIUS, II, 55. On a objecté qu'en droit classique les actions pénales sont intransmissibles passivement, parfois même activement. Or, dit-on, si l'on eût admis que certaines dettes passaient aux héritiers, on n'aurait pas manqué d'appliquer cette règle aux dettes délictuelles en souvenir du temps où la famille tout entière de l'auteur du délit était exposée aux représailles de la victime (ESMEIN, *N. R. H.*, XI, 51.) Mais rien ne prouve que les Romains aient pratiqué la vendetta : les lois anciennes ne parlent que de compositions pécuniaires. Or l'obligation de payer une rançon résulte de la condamnation prononcée par le juge. Si donc l'auteur du délit meurt avant la poursuite en justice, ses héritiers ne peuvent être recherchés pour une obligation qui n'a pas été imposée à leur auteur. L'intransmissibilité passive des actions pénales n'est donc pas une dérogation à la règle qui subordonne la formation du droit de créance à une *damnatio*.

(3) *C.*, IV, 11, 1. A l'époque classique, la règle n'avait pas un grand intérêt pratique ; la jurisprudence fournit d'ailleurs un moyen de l'éluder en validant les stipulations et promesses *cum moriar* ou *cum morieris*. GAIUS, III, 100.

être réalisé. — La créance née d'une *adstipulatio* est intransmissible. — Il en est de même de l'obligation de la caution, qui s'est obligée dans la forme de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*.

L'intransmissibilité des obligations n'avait pas, aux premiers siècles de la République, le caractère choquant qu'elle présenterait aujourd'hui : les créances constituaient un élément peu important de la fortune des citoyens et un élément peu apprécié. Il n'y avait pas alors de ces vastes entreprises qui exigent la formation de contrats à longue échéance. Chez un peuple d'agriculteurs les engagements entre amis ou voisins ne mettaient en jeu que des intérêts pécuniaires très limités. Il en fut autrement au vi[e] siècle : avec le développement du commerce, les droits de créance formèrent une partie souvent considérable de la fortune des citoyens. Il fallut aviser aux moyens d'en faire passer le bénéfice ou la charge aux héritiers. On eut d'abord recours à des expédients applicables aux rapports de droit unilatéraux.

1[e] Pour obvier à l'intransmissibilité des créances, le créancier prie un ou plusieurs amis d'en stipuler l'objet en même temps que lui, soit comme stipulants accessoires *(adstipulatores)*, soit comme stipulants principaux *(correi stipulandi)*. Il est entendu que si le stipulant accessoire ou solidaire survit, il transmettra le bénéfice de l'obligation aux héritiers du créancier.

De ces deux expédients, on connaît déjà le second (p. 375); voici ce que l'on sait sur le premier. L'*adstipulatio* est une stipulation accessoire qui, au ii[e] siècle de notre ère, sert uniquement à rendre valable une stipulation *post mortem meam* (1). L'*adstipulator*, stipulant pour une date postérieure à la mort d'autrui, acquiert un droit d'action qu'il doit exercer dans l'intérêt du stipulant principal. En la forme, c'est un stipulant accessoire (2); au fond c'est un mandataire. De là plusieurs conséquences : en qualité de stipulant, l'*adstipulator* acquiert un droit aussi étendu que celui du stipulant principal; stipulant accessoire, il ne peut stipuler plus que le stipulant principal (3); mandataire, son droit ne compte pas dans son patrimoine; il n'est pas acquis au *pater familias* lorsque l'*adstipulator* est un fils de famille (4); enfin l'*adstipulator* ne doit rien faire contre l'intérêt du mandant : le 2[e] chapitre de la loi Aquilia lui inflige une peine s'il fait remise de la dette au préjudice de son mandant. Cette peine, qui est égale au montant du préjudice, croît au double en cas de dénégation de l'*adstipulator* (5).

Il est peu vraisemblable que l'*adstipulatio* soit entrée dans la pratique en vue d'un cas exceptionnel, comme la stipulation *post mortem meam*. On ne s'expliquerait guère, que, sous la République, certaines

(1) Gaius, III, 117. Le mandat *post mortem* est valable, parce que, à la différence de la stipulation *post mortem*, il est susceptible de produire des effets du vivant du mandant, par exemple si l'*adstipulator* fait une remise de dette frauduleuse.

(2) Gaius, III, 110-113. D'après Paul, *D.*, XVII, 1, 59 pr., il semble que l'*adstipulatio* peut être faite en cas de *mutuum*.

(3) Gaius, IV, 111. Mais il peut stipuler moins.

(4) *Ibid.*, 114. Le fils de famille *adstipulator* ne peut faire valoir son droit en justice que s'il devient *sui juris* sans *capitis deminutio*. Il en est de même de la fille de famille et de la femme *in manu*.

(5) Gaius, III, 216.

personnes aient fait métier d'*adstipulator* (1). D'après une conjecture généralement admise, l'usage de l'adstipulation remonte au temps des actions de la loi : il servait à atténuer les inconvénients du principe de la non-représentation en justice. On faisait intervenir un *adstipulator* en prévision du cas où l'on serait empêché d'agir en personne. C'est pour ce motif qu'on ne peut s'adresser à qui est incapable d'ester en justice (esclave, personne *in mancipio*).

Un troisième expédient d'un usage plus général consiste à stipuler pour soi et pour ses héritiers (2). Ce procédé a l'avantage de ne pas conférer par avance à un tiers un droit irrévocable. L'emploi de cet expédient n'aurait pas eu de raison d'être si les créances résultant d'une stipulation avaient été de plein droit transmissibles aux héritiers : il s'explique très bien dans le cas contraire et constitue une des plus fortes preuves en faveur de notre manière de voir.

2° Pour obvier à l'intransmissibilité des dettes, le créancier exige l'intervention de codébiteurs solidaires ou de cautions, à qui il pourra demander le payement comme au débiteur principal. C'est au débiteur à s'entendre avec des parents ou des amis pour obtenir d'eux ce service.

Ces expédients, bons pour les rapports de droit unilatéraux comme ceux qui résultent des stipulations, n'étaient pas suffisants pour les rapports synallagmatiques, pour les actes impliquant des promesses réciproques. Dans ces actes qu'il était d'usage d'apprécier d'après la bonne foi, il était inique de refuser à l'héritier du vendeur le droit de réclamer le payement d'une chose qui était sortie du patrimoine de son auteur; à l'héritier d'un associé, le droit de demander la part des bénéfices réalisés grâce aux apports de son auteur. On admit la transmissibilité de ces créances, et l'on ne tarda pas à appliquer cette règle à toute espèce d'obligations, même aux créances résultant d'un délit. Les raisons qui avaient déterminé les Prudents étaient générales : si un citoyen a été victime d'un vol, si un esclave a été tué ou détérioré, il est contraire à l'équité de refuser à l'héritier le droit d'exercer l'action de vol ou l'action de la loi Aquilia. On n'a fait exception que pour l'action d'injures et les actions analogues qui supposent un tort fait à la personne et non au patrimoine. C'est au VI[e] siècle que la transmissibilité active des actions pénales commença à être discutée par les Prudents : S. Ælius, Brutus, Manilius refusèrent de l'admettre; mais l'opinion contraire a prévalu (3).

La même question se posa pour la transmissibilité des dettes : elle fut résolue par une distinction. Les dettes délictuelles sont intransmissibles passivement : de l'avis unanime, la peine doit être personnelle (4); elle ne saurait atteindre l'héritier innocent du délit commis par son auteur. On a admis au contraire, non sans quelque difficulté (p. 493, 4), la transmissibilité passive des obligations contractuelles

(1) Cic., *in Pis.*, 9.
(2) Nombreux exemples : Ulp., *D.*, XLV, 1, 3 pr. : 38 pr., 1; 38, 13-14; Paul, *eod.*, 4 pr.; 49, 2; 85, 3; 92.
(3) Cic., *ad Fam.*, VII, 22. Ulp., *D.*, XLVII, 1, 1, 1.
(4) *Ibid.*, 1 pr. : *Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri.* Gaius, IV, 112 : *Certissima est juris regula.*

Cette doctrine, consacrée par le préteur dans des cas particuliers (1), a fini par triompher vers le milieu du VIIe siècle (2).

VIII. Prescription extinctive.

En droit classique, un grand nombre d'actions étaient perpétuelles. Sauf quelques exceptions (3), les droits garantis par la loi étaient imprescriptibles. Ce principe, juste en théorie, n'était pas sans inconvénients pratiques : permettre à un créancier de faire valoir son droit après de longues années d'inaction, c'est non seulement troubler des situations acquises au profit d'ayants droit négligents, mais aussi imposer au juge la tâche difficile de discerner la vérité alors que les témoins sont peut-être morts, les titres égarés ou détruits. Dans l'intérêt de la paix publique (4), on a jugé utile de fixer un délai, passé lequel les demandes tardives sont écartées par une fin de non-recevoir appelé *præscriptio :* ce délai est de 30 ans, durée moyenne d'une génération. La prescription extinctive, déjà admise dans l'Édit provincial de l'Égypte (5), a été établie en Orient par Théodose II, en 424; vingt-cinq ans après, elle a été consacrée en Occident (6). Elle s'applique uniquement aux actions, tant réelles (7) que personnelles, qui jusqu'alors étaient perpétuelles (8); les actions temporaires restent soumises aux règles anciennes (9).

La prescription est acquise à trois conditions : *a)* que le droit d'agir

(1) L'édit d'Hadrien contient encore une formule spéciale pour agir contre l'héritier d'un associé. ULP., *D.*, XVII, 2, 35 : *In heredem socii proponitur actio ut bonam fidem præstet.* LENEL (II, 13, 6) pense qu'il contenait peut-être aussi une action pour l'héritier (ULP., 63, 9.)

(2) Elle était admise lorsque s'introduisit l'usage de la fidéjussion (GAIUS, III, 120).

(3) Pour les ventes consenties par le fisc la prescription est de cinq ans, d'après un édit de Marc-Aurèle, de quatre ans d'après une loi de Zénon. *Inst.*, II, 6, 14.

(4) *Nov. Val.*, 26, 3 : *Lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit;* CASSIOD., *Var.*, V, 37 : *Tricennalis autem humano generi patrona præscriptio.*

(5) En 85 de notre ère : *P. Florence*, 61. *Sav. Z.*, XXVII, 226; *Arch. Pap.*, IV, 448.

(6) *C.*, VII, 39, 3; *Nov. Val.*, 26 (cf. 34, 13). Sidoine Apollinaire atteste que la prescription n'était pas encore admise en Gaule en 449 (*Ep.*, VIII, 6). Cujas et quelques auteurs modernes (ACCARIAS, II, 1148, 2) attribuent à Théodose Ier la création de la prescription extinctive : l'inexactitude de cette opinion a été démontrée par J. Godefroy (*C. Th.*, IV, 14, 1).

(7) L'action hypothécaire est soumise à des règles spéciales : jusqu'au VIe siècle, elle se prescrit par 30 ans lorsque la chose hypothéquée est aux mains d'un tiers; elle est imprescriptible si elle est possédée par le débiteur ou par un créancier postérieur, le débiteur étant encore vivant : ce créancier est, dans ce cas, considéré comme un prête-nom. Cette imprescriptibilité de l'action hypothécaire était une anomalie : le débiteur, libéré de l'action personnelle au bout de 30 ans, restait indéfiniment tenu de l'action hypothécaire. La loi fut modifiée, mais pour une raison différente, parce que le but de la prescription était manqué : certains possesseurs restaient toute leur vie sous le coup d'une poursuite *(prope immortali timore)*. En 525, Justin limita à dix ans la survie de l'action hypothécaire à l'action personnelle. L'exercice du *jus offerendi* par le créancier postérieur est aussi limité à 30 ou à 40 ans, suivant la distinction qui précède (*C.*, VII, 39, 7).

(8) Sont imprescriptibles : l'action par laquelle on réclame la qualité d'homme libre (CONSTANTIN, *C.*, VII, 22, 3), ou par laquelle un maître réclame un colon (JUST., *C.*, XI, 47, 23 pr.); l'action du fisc pour le payement des impôts fonciers (ANAST., *C.*, VII, 39, 6).

(9) Justinien a fait une exception pour les mineurs de vingt-cinq ans : les prescriptions de moins de trente ans ne courent pas contre eux (*C.*, II, 41, 5).

ait pris naissance *(actio nata)*. Ce sera lors de l'exigibilité de la créance, si l'action est personnelle (1) ; sinon, lorsqu'un tiers aura fait un acte qui implique la négation du droit du propriétaire; *b)* que le délai de 30 ans soit écoulé (2). Ce délai ne court pas à l'égard de certaines personnes, telles que les impubères (3); on dit alors que la prescription est suspendue. Mais elle reprend son cours lorsque l'obstacle qui empêchait l'ayant droit d'agir en justice a disparu; *c)* que la prescription n'ait pas été interrompue. Le mode normal d'interruption est l'exercice de l'action (4). On tient pour équivalent la reconnaissance de la dette résultant d'un payement partiel, ou d'un acte écrit (5), ou du payement des intérêts; la prise de possession, sans violence, de biens hypothéqués. L'interruption n'a d'effet que pour le passé : elle n'empêche pas de commencer une nouvelle prescription (6).

CHAPITRE XIV

Cession des créances.

Les créances sont, comme la propriété, un élément du patrimoine : elles se transmettent en général aux héritiers et aux personnes assimi-

(1) *C.*, VII, 40, 1, 1 *d* : *Ex quo ab initio competit et semel nata est*.

(2) Le délai est de 50 ans pour la répétition des sommes perdues au jeu (p. 533, 9) ; de cent ans pour les droits appartenant aux églises d'Orient (*C.*, I, 2, 23). Après la conquête de l'Italie, la même faveur fut accordée aux églises d'Occident (*Nov.*, 9). Le délai fut ensuite réduit à 40 ans (*Nov.*, 111 ; cf. 131, c. 6). Sur ces variations de législation, voir Procope (*Hist. arc.*, 28).

(3) Theod. II, *C.*, XII, 39, 3, 1 *a*. La suspension fut admise par Justinien en faveur des fils de famille pour leurs biens adventices (*C.*, VII, 40, 1, 2) ; des femmes mariées pour le recouvrement de leur dot (*C.*, VI, 12, 30, 2); de l'héritier pendant qu'il fait inventaire (*C.*, VI, 30, 22, 11). Cf. C. civ. 2252-2259.

(4) Just., *C.*, VII, 39, 7 pr. : *Etiam per solam conventionem*. Il suffit même que la demande soit portée devant un arbitre (*C.*, II, 55, 5, 3).

(5) *Ibid.*, 7, 5; VIII, 39, 4 pr. Un autre mode d'interruption a été établi par Justinien pour le cas où la prescription court au profit d'une personne qu'on ne peut citer en justice, tel qu'un absent, un *infans* sans tuteur, un fou sans curateur, un puissant : il suffit d'adresser une requête au gouverneur de la province, à défaut, à l'évêque ou au *defensor civitatis*. En leur absence, on affiche la requête au lieu du domicile du possesseur, après l'avoir fait signer par les *tabularii* ou par trois témoins (*C.*, VII, 40, 2). — En cas de péremption d'instance, l'action peut être renouvelée dans les 40 ans qui suivent le dernier acte de procédure (*C.*, VII, 39, 9, 1).

(6) C'est une question célèbre de savoir quel est l'effet de la prescription : est-ce l'action seule qui est éteinte? est-ce à la fois l'action et le droit qu'elle sanctionne? Aucune difficulté ne s'élève pour l'action réelle : le droit subsiste tant que la prescription acquisitive n'a pas eu lieu; on peut le faire valoir contre tout possesseur autre que celui qui peut opposer la prescription de l'action. La question se pose pour les actions personnelles : à défaut de textes explicites, il paraît peu vraisemblable que la prescription change ici de caractère, et qu'elle soit non plus une fin de non-recevoir, mais un mode de libération (Cf. Savigny, *System*, V, 366; Dernburg, I, § 150; Maynz, I, 550; *contra* : Accarias, II, 1151, 2; Girard, 643, 4). L'intérêt de la question est de savoir si la prescription laisse survivre une obligation naturelle. On peut invoquer pour l'affirmative le but de la loi : Théodose a voulu empêcher le créancier d'agir lorsqu'il a trop longtemps négligé d'exercer son droit; c'est un sacrifice qu'il lui impose pour la paix publique; il serait excessif d'en conclure que le créancier est réputé avoir reçu satisfaction, et que le débiteur qui, renonçant à la prescription, paye sa dette, fait une donation.

lées. Mais, à la différence de la propriété, on ne peut en disposer à titre particulier, ni entre vifs ni à cause de mort : c'est la conséquence logique de leur définition. Droits essentiellement relatifs, les créances impliquent un rapport entre deux personnes déterminées : on ne peut changer l'un des termes du rapport sans le détruire (1).

Cette conception nous paraît aujourd'hui peu pratique. La fortune mobilière a pris un développement énorme; elle est représentée en grande partie par des titres de créances à échéance plus ou moins reculée : on en dispose à chaque instant comme on dispose de la propriété. Il en fut autrement à Rome : les créances étaient d'ordinaire à courte échéance; il était plus simple de les recouvrer que de les céder. Mais cela n'était pas toujours possible; le créancier peut avoir un besoin d'argent immédiat : c'est une femme qui est créancière d'une dot remboursable en trois annuités, et qui veut se remarier sans attendre l'expiration des trois années (2); c'est un débiteur qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance et qui voudrait faire argent de la créance qu'il a contre un tiers (3). Dans d'autres cas, l'inaliénabilité des créances est une gène sérieuse et une source de difficultés : dans un partage, il y a grand intérêt à répartir entre les héritiers les créances qui se divisent de plein droit à la mort du défunt, et à procéder à des cessions réciproques pour que chaque créance appartienne intégralement à l'héritier à qui elle est attribuée (4). Dans ces cas et autres semblables on a dû chercher un expédient pour donner satisfaction aux besoins de la pratique.

§ 1er. **Formes de la cession.** — A l'époque classique, on a le choix entre deux procédés : la délégation, le mandat *in rem suam*.

a) Dans le premier cas, le débiteur, sur l'ordre du créancier, promet au cessionnaire ce qu'il doit au cédant. Ici la créance ne change pas de titulaire : elle s'éteint, mais une créance nouvelle la remplace. Il n'y a pas cession, mais novation par changement de créancier (5). Ce procédé présente un double inconvénient : il exige le consentement du débiteur cédé; il prive le cessionnaire des avantages attachés à la créance originaire.

b) Le second procédé est bien préférable (6) : ne pouvant céder sa créance, le titulaire cède son action; plus exactement, il donne mandat au cessionnaire d'agir en justice à sa place, mais il le dispense de rendre compte. Le cessionnaire fait valoir l'action pour son compte personnel *(in rem suam)* (7) et à ses risques et périls. C'est un expé-

(1) Ulp., *D.*, VII, 1, 25, 2 : *Quamvis non soleat stipulatio semel cui quæsita, ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.*

(2) Treb., Lab., ap. Jav., *D.*, XXIV, 3, 66, 2. Cf. p. 186.

(3) Scæv., *D.*, XXXI, 88, 5; Pap., *D.*, XIX, 5, 9; XXI, 2, 68, 1.

(4) Gaius, *D.*, X, 2, 3 : *Quia sæpe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.*

(5) Gaius, II, 38.

(6) Il s'applique également à la cession des dettes (Plaut., ap. Paul, *D.*, III, 3, 61; Ulp., *D.*, XLII, 1, 4 pr.). Cette cession devait être assez rare, car le créancier était libre de ne pas accepter le changement de débiteur. On n'a jamais admis ici le système des actions utiles, même pour l'acheteur d'hérédité (*C.*, IV, 39, 2).

(7) *Cognitor, procurator in rem suam : Vat. fr.*, 260, 317, 333; Paul, I, 2, 3.

dient auquel on n'aurait pu songer au temps des actions de la loi, alors qu'on ne pouvait agir pour autrui ; il a été suggéré par l'usage de la procédure formulaire qui admet la représentation en justice : l'*intentio* de la formule est au nom du cédant, la *condemnatio* au nom du cessionnaire. Celui-ci obtiendra l'émolument de la créance comme le cédant lui-même (p. 869).

Ce procédé n'était pas encore parfait : d'abord il exige une capacité spéciale, celle de plaider pour autrui ou par autrui ; puis, tant que le cessionnaire n'a pas agi en justice contre le cédé, et il ne peut le faire avant l'échéance, son droit est soumis aux chances d'extinction du mandat : décès du mandant (1) ou du mandataire, révocation (2). Le cédant, restant maître de la créance, peut, jusqu'à la *litis contestatio*, exiger et recevoir le payement, sauf sa responsabilité envers le cessionnaire (3). Il ne semble pas cependant que ces imperfections aient présenté à l'user des inconvénients sérieux (4) : on n'a pas pris de mesures pour les écarter d'une manière générale.

c) Dans quelques cas seulement, on a consolidé la situation du cessionnaire sans attendre la *litis contestatio* : on a permis au cessionnaire d'exercer, sans mandat, à titre d'action *utile*, l'action du cédant. Le cessionnaire n'a plus à redouter les inconvénients inhérents à la qualité de mandataire ; il reste seulement exposé à se voir injustement privé de son droit par le cédant, mais il peut se prémunir contre ce danger en notifiant au débiteur cédé l'acte de cession *(denuntiatio)*, ou en obtenant de lui la reconnaissance de son titre (5).

Le point de départ de cette innovation remonte à un rescrit d'Antonin le Pieux : il a étendu à l'acheteur d'hérédité la faveur accordée au fidéicommissaire par le Sc. Trébellien (6). Il ne semble pas que le droit classique ait été plus loin (7). Mais, au Bas-Empire, la même faveur fut attribuée à celui qui a reçu une créance en dot (8) ou en

(1) Gord., *C.*, IV, 10, 1.

(2) Il n'y a pas de texte relatif au droit de révoquer, mais on ne saurait le refuser au cédant : les textes cités dans les notes suivantes prouvent que le droit commun était ici appliqué. Gide (*Novation*, 290) l'a contesté à tort : il invoque Ulpien (*D.*, III, 3, 25), qui déclare irrévocable le droit du *(cogni)tor in rem suam* ; mais il n'a pas pris garde aux mots *post litem contestatam* qui sont au début du commentaire (*eod.*, 17 pr). Il invoque aussi Ulpien (*eod.*, 55) : mais ce texte vise le cas exceptionnel où le droit classique accordait les actions utiles.

(3) Gord., *C.*, VIII, 41, 3 ; Herm., *D.*, XVIII, 4, 23, 1. Le cédant conserve le droit de faire acceptilation : c'est à lui que le cessionnaire doit s'adresser pour obtenir la libération anticipée du cédé (Jul., *eod.*, 19). Le cessionnaire ne pourrait consentir qu'un pacte de remise (Paul, *D.*, II, 14, 13, 1).

(4) En cas de décès, les héritiers du cédant ou du cessionnaire pouvaient se prévaloir du contrat conclu avec leur auteur, lorsqu'il avait traité à titre onéreux. Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 894.

(5) Gord., *loc. cit.* Texte interpolé : Gordien n'a pu écrire *acceipiat vel denuntiaverit* à des temps différents, ni répéter dans la même ligne *debitori tuo*... *a debitore tuo* (cf. Lenel, *Jherings Jahrb.*, XL, 39). La notification au débiteur était usitée sous Alexandre Sévère, en cas de *pignus nominis* (p. 673).

(6) Ap. Ulp., *D.*, II, 14, 16. L'extension se conçoit aisément, car le fidéicommissaire était jusque-là *emptoris loco*. Cf. p. 794.

(7) Gordien (*C.*, IV, 10, 1) accorde exceptionnellement une action utile au cessionnaire, lorsque le cédant est mort sans héritier avant la *litis contestatio*.

(8) Val., Gall., *C.*, IV, 10, 2. Interpolation certaine : on donnerait au mari une action utile bien qu'il n'y ait pas eu *litis contestatio*. Faut-il donc attendre la *l. c.* pour accorder l'action utile ? Elle serait alors sans intérêt.

payement (1), à l'acheteur, au légataire (2), enfin au donataire d'une créance. En dehors de ces cas exceptionnels, on pouvait obtenir le *jus contestationis,* qui procurait au cessionnaire les mêmes avantages que s'il y avait eu *litis contestatio* (3).

Désormais, le cessionnaire est maître de la créance dès le jour de la signification au débiteur cédé. L'usage du mandat *in rem suam* a pourtant subsisté soit dans les cas où l'action utile n'était pas accordée, soit même dans le cas où elle l'était : il avait l'avantage de faciliter la preuve de la cession (4).

§ 2. **Causes de la cession.** — La cession de créance ne doit pas être confondue avec l'acte qui la motive. Elle est volontaire ou forcée : volontaire (5) lorsqu'elle sert à exécuter une vente, une donation, un legs, une dation en payement, une constitution de dot; forcée, lorsqu'elle est imposée par le juge (6) ou par la loi (7). La distinction de la cession et de l'acte qui la détermine est importante au point de vue des rapports qui se forment entre le cédant et le cessionnaire.

§ 3. **Effets de la cession.** — Entre le cédant et le cessionnaire, les effets dépendent de la nature de l'acte qui a motivé la cession. Tandis que le donateur ne répond que de son dol (8), le vendeur garantit, sauf convention contraire, l'existence de la créance (9), mais non la solvabilité du cédé (10).

Entre le cessionnaire et le cédé, la question est de savoir si le cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. La réponse dépend du procédé employé pour effectuer la cession. S'il y a eu délégation, le consentement donné par le cédé au changement de créancier emporte renonciation au droit d'invoquer ces exceptions. S'il y a eu mandat *in rem suam*, le cédé conserve tous ses droits (11).

(1) Diocl., *C.*, IV, 15, 5. Interpolation évidente : la fin du texte contredit le commencement. Le rescrit affirme que le créancier ne peut agir autrement que *mandatis actionibus*, puis il ajoute qu'il peut *utili actione recte uti!*

(2) Val., Gall., *loc. cit.*; Diocl., *C.*, VI, 37, 18. Interpolation probable : il serait superflu de dire que le légataire ne peut exercer l'action directe à défaut d'*actiones mandatæ*, s'il avait une action utile.

(3) Just., *C.*, VIII, 53, 33. *Nisi... jus contestationis divino rescripto meruissent.*

(4) Par exemple en cas d'attribution à l'un des cohéritiers d'une créance héréditaire (Ulp., *D.*, X, 2, 2, 5).

(5) Sont défendues les cessions faites au fisc ou au prince (Paul, V, 12, 7; Marc., *D.*, XLIX, 14, 22, 2). Est incessible la créance qui a pour objet des *operæ officiales*. Les services de cette nature ne peuvent être fournis qu'au patron (p. 105, 7).

(6) Ulp., *loc. cit* ; *D.*, XXVII, 3, 1, 18.

(7) Le mandataire est tenu de céder au mandant les créances acquises à l'occasion de sa gestion (Ulp., *D.*, XVII, 1, 8, 10); le vendeur doit céder à l'acheteur les actions qu'il a acquises après la vente (Ulp., *D.*, XIX, 1, 13, 12; XLVII, 2, 14 pr.); l'héritier doit céder au légataire l'action donnée en raison d'une blessure causée avant l'adition à l'esclave légué (Ulp., *D.*, IX, 2,15 pr.).

(8) Lab., ap. Ulp., *D*, XXXIX, 5, 18, 3. Cf. Labbé, *De la garantie*, 100.

(9) Cels., ap. Ulp., *D.*, XVIII, 4, 4; Paul., *eod.*, 5. Si la créance n'existe pas, le cédant doit rembourser le montant nominal de la créance quand elle a pour objet une somme d'argent, sinon il doit une indemnité.

(10) L'insolvabilité postérieure à la vente est un cas fortuit : le risque est pour l'acheteur, sauf convention contraire. Quant à l'insolvabilité antérieure, l'acheteur ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il a négligé de s'en informer. Cf. Labbé, 27.

(11) Le cessionnaire peut invoquer les privilèges du cédant D'ordinaire on distingue entre les privilèges attachés à la créance et ceux qui tiennent à la qualité

§ 4. Restrictions à la cession d'actions. — La cession d'actions donnait lieu à de graves abus que la loi s'est efforcée de réprimer. Ces abus étaient surtout à craindre lorsque le cessionnaire était un Puissant ou un spéculateur achetant à vil prix des créances douteuses. Des mesures ont été prises soit contre les cessionnaires de droits litigieux, soit contre les acheteurs de créances en général.

1. Droits litigieux. — A la fin du IIIe siècle, une loi de Claude le Gothique, confirmée par Dioclétien, défend à un plaideur, à peine de déchéance, de se placer sous le patronage d'un Puissant pour agir en justice; à un Puissant d'agir comme cessionnaire d'un droit litigieux, sous peine d'être puni sévèrement (1). En 380, Théodose Ier décide que si l'on a disposé à cause de mort d'un droit litigieux au profit du fisc, d'un Puissant ou de toute autre personne, le bénéficiaire ne pourra faire valoir le droit en justice; il n'aura que la faculté d'en exiger l'estimation; le procès sera suivi par les héritiers du disposant (2). En 532, Justinien défend d'une manière générale la cession de droits ou d'objets litigieux (3). Exception est faite pour les cessions à titre de dot, de donation *ante nuptias,* de transaction, en exécution d'un partage d'hérédité, d'un legs ou d'un fidéicommis.

2. Créances. — Les restrictions à la cession des créances sont spéciales ou générales. Il y a deux restrictions spéciales : Honorius a défendu de céder une créance quelconque à un Puissant sous peine de déchéance. Justinien a interdit sous la même peine, aux tuteurs et curateurs, de se rendre cessionnaires d'une créance contre la personne qui est ou a été soumise à leur tutelle ou curatelle (4). La restriction générale a été établie, en 506, par Anastase, en haine des acheteurs de créances; elle s'applique à toute personne qui achète une créance à un prix inférieur à sa valeur nominale : le débiteur a la faculté de se libérer en remboursant au cessionnaire le prix qu'il a payé. Exception est faite pour les cessions à titre gratuit ou entre cohéritiers, pour la cession à titre de dation en payement ou en exécution d'un legs ou fidéicommis. Dans tous ces cas l'idée de spéculation est exclue.

On essaya d'éluder la loi en achetant une part de la créance et en se faisant donner le surplus : Justinien déjoua cette fraude en décidant que la cession serait réputée faite à titre onéreux pour le tout (5).

du créancier. Mais cette distinction n'a trait qu'à la transmissibilité aux héritiers p. 903, 8). On a objecté PAP., *D.*, XXVI, 7, 42, mais ce texte prévoit un cas de cession forcée : il n'est pas sûr qu'on puisse l'appliquer au cas de cession volontaire.

(1) *C.*, II, 13, 1. Cf. p. 28, 2.

(2) *C.*, VIII, 36, 3. Sur la date et le destinataire de cette loi, Ed. Cuq, sur *Borghesi*, X, 270, 12.

(3) *C.*, VIII, 30, 5. Cf. C. civ. 1699-1700. Le cessionnaire qui a acquis sciemment la chose litigieuse doit la rendre et ne peut se faire rembourser le prix; le cédant doit payer au fisc une somme égale à celle qu'il a reçue. Le cessionnaire de bonne foi a droit à la restitution du prix et au payement d'un tiers en sus, à titre de peine pour le cédant. Mêmes décisions en cas de cession à titre gratuit, mais le prix est remplacé par l'estimation de la chose.

(4) HONOR., *C.*, II, 13, 2 (Italie). Sur la date et le destinataire, Ed. Cuq, *op. cit.*, 594, 3. — *Nov.*, 72, 5.

(5) *C.*, IV, 35, 22 et 23. La loi d'Anastase est excessive : quelques auteurs la restreignent à la cession de droits litigieux, et cette interprétation a été consacrée par

CHAPITRE XV

Sûretés personnelles et sûretés réelles.

Chez les Romains, comme de nos jours, le créancier, qui n'a pas confiance en la solvabilité de son débiteur, exige de lui, au moment où il traite, parfois même d'avance, des garanties ou sûretés personnelles ou réelles. La sûreté personnelle confère au créancier un droit contre un tiers, appelé caution, qui s'oblige à côté ou à défaut du débiteur principal. La sûreté réelle lui confère un droit sur une chose qui est affectée au payement de la dette, à titre de gage ou d'hypothèque. Dans tous les cas le créancier est garanti, d'une manière plus ou moins efficace, contre l'insolvabilité de son débiteur.

Ces deux systèmes de garantie conviennent à un état social différent : chacun d'eux a été d'un usage plus ou moins répandu, suivant les époques. Le cautionnement suppose des personnes unies par les liens de la solidarité : il a été surtout en honneur sous la République. C'est un service qu'on se rendait mutuellement entre membres d'un même groupe, d'une même famille ou tribu (1).

Sous l'Empire, les liens de solidarité religieuse ou sociale s'affaiblissent; les partis politiques disparaissent peu à peu. Les individus vivent isolés; le système des garanties personnelles devient d'une application moins facile. En dehors des relations d'amitié ou de parenté, le cautionnement n'était guère possible qu'entre personnes unies par des intérêts matériels. A défaut de répondant, on eut recours aux sûretés réelles dont l'usage commence à se généraliser.

Le Préteur cependant n'admit pas, dans les cas où il exigeait une promesse garantie par une caution, l'équivalence des sûretés réelles. Est-ce à dire qu'il n'ait pas voulu accommoder son édit aux nécessités du temps où il vivait? Il ne serait pas exact de voir en lui un conservateur arriéré des anciennes traditions : s'il refusait d'accepter une sûreté réelle, quelque solide qu'elle fût, à la place d'une sûreté personsonnelle, c'était par un sentiment de haute moralité : il entendait réserver ses faveurs aux bons citoyens sans en faire un privilège de la fortune. Un citoyen honorable trouvera des répondants qui refuseront de se porter caution d'un malhonnête homme, quelle que soit sa richesse (2). Ce que le Préteur recherchait avant tout, c'était une attestation de l'honorabilité du promettant (3).

C. civ., 1699. Mais cette cession est soumise à des règles différentes, comme le prouve *C.*, II, 13, 5.

(1) *C. I. L.*, VI, 10213 : *Bonus et utilis tribulis.* Cf. Cic., *ad fam.*, XIII, 23, 1.

(2) Proc., ap. Pomp., *D.*, XLV, 1, 112, 1 : *Plerumque idonei non tam patrimonio quam fide æstimantur.*

(3) Le cautionnement est encore usité de nos jours : il n'a pas disparu avec les causes qui en avaient favorisé le développement à Rome. Les liens de solidarité qu'il suppose subsistent : ils ont seulement changé de nature. Notre état social n'a plus pour fondement un petit nombre de groupes plus ou moins fermés : il repose

I. Les sûretés personnelles.

§ 1er. *Prædis datio, vadimonium.* — Le cautionnement apparaît de très bonne heure. Dans le droit public romain, l'État exige des citoyens qui contractent avec lui une ou plusieurs cautions *(prædes)* pour garantir l'exécution de leurs engagements (1).

Le Préteur exige également des cautions pour garantir certaines obligations imposées aux plaideurs : restitution de la chose et des fruits dans la revendication *(prædes litis et vindiciarum)*, comparution en justice *(vadimonium)* (2). On ignore en quelle forme s'obligeaient le *præs* (3) et le *vas ;* on sait toutefois que le *vas* prononçait des paroles solennelles (4).

L'obligation contractée par ces cautions avait vraisemblablement

sur une base bien autrement large, celle d'une association tacite qui rend solidaires tous les intérêts, toutes les industries. Voilà pourquoi le cautionnement joue un rôle prépondérant dans nos relations d'affaires. Il offre, par rapport aux sûretés réelles, l'avantage de procurer le payement de la dette à jour fixe ; il évite les retards nécessaires pour la réalisation du gage ou pour la vente de la chose hypothéquée. Pour être plus sûr de profiter de cet avantage, la pluralité des cautions est, comme à Rome, d'un usage courant, particulièrement pour les opérations de banque.

(1) MOMMSEN (*Stadtrechte*, 471) a conjecturé que la *prædis datio* vaut argent comptant et libère le débiteur, si bien que celui-ci ne peut rester obligé qu'en se portant caution de sa propre dette. Cette opinion a été justement combattue par KARLOWA, II, 47. Les textes invoqués à l'appui ne sont rien moins que probants : 1° une inscription de Pouzzoles de l'an 649 (*C. I. L.*, X, 1781) relative à une adjudication de travaux publics se termine par ces mots : *C. Blossius Q. f. HS (I) D, idem præs Q. Fuficius Q. f.*.. L'interprétation la plus simple est que Blossius a été déclaré adjudicataire pour 1 500 sesterces et que Fuficius et les trois autres personnes dont les noms suivent ont promis la même somme à titre de *prædes* ; 2° d'après la loi municipale de Tarente, c. 2 (GIRARD, *Textes*, 63), le magistrat nommé après la promulgation de la loi et qui *pro se præs stat*, devra, dans les 20 jours, constituer des *prædes* pour garantir l'obligation de conserver les deniers publics qui parviendront entre ses mains et l'obligation d'en rendre compte. La *prædis datio* n'a sûrement pas ici pour effet de libérer le magistrat puisqu'elle garantit des obligations qui ne sont pas encore nées, et dont la seconde ne naîtra pas avant la fin de la magistrature. En disant que le magistrat *pro se præs stat*, la loi exprime l'idée qu'il contracte toutes les obligations qui incombent à une caution et que la cité aura contre lui les mêmes droits que contre le *præs*. Voici d'ailleurs la preuve que le *manceps* reste obligé à ce titre : d'après Varron (*L. l.* V, 40), les fonds de terre donnés en gage à l'État *mancipis fidem praestant*, garantissent la fidélité du *manceps* à tenir sa promesse. La *prædiorum subsignatio* ne se conçoit qu'à titre de garantie accessoire d'une obligation principale. Le propriétaire de ces biens reste obligé *quoad redemptor omnem pecuniam repensaret* (*Scol. Bobb.* in CIC., p. *Flacco*, Or. 244).

(2) Le *vadimonium* est aussi usité pour garantir l'obligation dont le mancipant est tenu envers l'acquéreur en cas d'éviction (VARR., *L. l.*, VI, 8, 74). Pour se soustraire à cet usage, dans les ventes publiques, on inscrivait au cahier des charges une clause déclarant qu'il ne serait pas donné de caution. Cf. LENEL, *Sav. Z.*, XXIII, 97.

(3) FEST., *h. v°* : *Præs est is qui populo se obligat interrogatusque a magistratu si præs sit, ille respondet : præs.* VARR., *L. l.*, VI, 74. Il ne faut pas conclure de ces textes que la *prædis datio* était un contrat verbal : l'usage de constater l'accord par une question suivie d'une réponse est général pour les actes administratifs (p. 455, 2). Ces textes prouvent simplement que la présence du *præs* était nécessaire.

(4) *Verba concepta* : CIC., *ad Qu. fr.*, II, 15 ; *C. I. L.*, II, 5042. Le *vas* promet de payer une certaine somme d'argent si le plaideur ne comparaît pas au jour fixé (LIV, III, 13 ; DENYS, X, 8). Si la somme est importante, on exige plusieurs *vades*, mais chacun n'est tenu que pour sa part (SALL., *Jug.* 35 ; LIV., *loc. cit.*). Si l'on a des doutes sur la solvabilité du *vas*, on peut exiger une sous-caution (*subvas* : GELL., XVI, 10). Il paraît résulter de CIC., *Brut.*, I, 18, que le recours du *vas* contre le débiteur était subordonné au payement (*depensum*) fait par la caution.

des effets analogues à ceux du *nexum :* elle conférait un droit sur la personne et sur les biens (1). Le droit sur la personne a de bonne heure été supprimé pour le *præs* comme pour le *nexus*, mais on peut, à titre subsidiaire, exiger l'affectation de certains immeubles à la sûreté de la créance *(prædiorum subsignatio)* (2).

La *prædis datio* a subsisté à l'époque classique ; on l'applique même aux créances des municipes de citoyens et des municipes latins (3) ; mais dès le début de l'Empire, le *præs* est parfois remplacé par un fidéjusseur (4). Sous Justinien, la *prædis datio* n'est plus usitée ; les textes classiques qui la mentionnaient ont été interpolés : les compilateurs ont substitué le mot *fidejussor* au mot *præs* (5). Les *vades* ont disparu beaucoup plus tôt : la promesse de comparaître en justice a lieu dans la forme de la stipulation (6).

§ 2. **Adpromissio.** — En droit privé, le cautionnement a été appliqué à l'origine aux engagements formés *verbis* (7). Il a lieu par voie de stipulation de deux manières. La *sponsio* est la forme la plus ancienne : elle a toujours été réservée aux citoyens romains. Elle se distingue de la *sponsio* faite avec le débiteur en ce que, au lieu de promettre une somme déterminée, par exemple 100, la caution promet *idem.* La *fidepromissio* est une forme plus récente, accessible aux pérégrins (8) : elle contient une invocation à la loyauté *(fides)* nécessaire aux rapports entre les hommes. Elle était en usage au VIe siècle de Rome (9).

A cette époque, la caution s'oblige personnellement envers le créancier; ses héritiers ne sont pas tenus. Elle s'oblige à côté du débiteur : de là le nom que lui donnent les classiques, *adpromissor* (10). Elle promet la même chose que le débiteur, mais le créancier ne peut se faire payer deux fois. L'obligation de la caution ne dépend pas de celle du débiteur; elle n'a pas, à cette époque, un caractère accessoire : la caution est tenue de payer, même si l'obligation garantie est nulle, par

(1) *Vadatus* a le sens de *vinctus, obstrictus :* PLAUT., *Bacch.*, 145 (Cf. KARLOWA *Röm. Civilprocess*, 325; MISPOULET, *Rev. philol.* 1888, p. 1.) Cicéron (*Phil.*, II, 31) parle de la vente du *præs*.

(2) Loi de Malaga, c. 64-65. PAUL, *D.*, L, 16, 39 pr. A défaut de payement, on vend les biens du *præs* et les *prædia subsignata*, conformément au cahier des charges rédigé à cet effet *(ex lege prædiatoria).* Si l'on ne trouve pas d'acheteur, on procède à la vente *in vacuum.* On a conjecturé que la première vente avait pour but de s'assurer si quelque ami du débiteur consentait à se substituer à lui et à payer intégralement la somme due à l'Etat. Le débiteur y trouvait l'avantage de gagner du temps; si plus tard il parvenait à désintéresser celui qui avait fait l'avance des fonds au Trésor et à obtenir de lui la possession des biens vendus, il en recouvrait la propriété par l'*usureceptio ex prædiatura* (GAIUS, II, 61). Dans la vente *in vacuum* au contraire, ainsi appelée parce qu'au lieu d'indiquer dans le cahier des charges que la vente serait faite pour un prix égal à la somme due, on laissait le prix en blanc jusqu'à l'adjudication, l'acheteur devenait définitivement propriétaire. l'*usureceptio* n'était pas admise. Cf. KARLOWA, II, 58. GRADENWITZ, *Sav. Z.*, XLII, 565.

(3) *C. I. L.*, X, 1781; III, 1964.

(4) Inscr. d'Orange, *Hermes*, XLI, 16; GIRARD, *Textes*, 839.

(5) PAUL, *D.*, XLVI, 1, 68, 1. Cf. un rescrit de l'an 386, *C.*, XI, 62, 7.

(6) GELL., XVI, 10; GAIUS, IV, 183-187. Cf. p. 869, 2.

(7) GAIUS, III, 115-119.

(8) GAIUS, III, 93.

(9) PLAUT., *Men.*, V, 4. 6; *Pseud.*, I, 3, 87. Cf. sur le rôle de la caution dans le droit babylonien. Ed. CUQ, *Revue d'Assyriologie*, XII, 98. *Jal des Savants*, 1918, p. 176.

(10) POMP., *D.*, XLV, 1, 5, 2; ULP., *D.*, XLVI, 3, 43.

exemple si le débiteur est un pupille non autorisé ou un fou (1).

L'engagement de la caution est subsidiaire en fait, mais non en droit. Rigoureusement le créancier peut s'adresser directement à elle, lors même que le débiteur est solvable ; mais en faisant usage de ce droit, il encourt le blâme de l'opinion publique (2). La caution entend fournir une garantie plutôt morale qu'effective ; son intervention est un témoignage rendu à la loyauté du promettant, à sa fidélité à tenir sa parole. C'est un service d'ami. On le demandait à de grands personnages pour les petites gens qui étaient dans leur clientèle, à des candidats aux magistratures pour leurs amis politiques (3). La facilité avec laquelle ils se portaient caution avait ses dangers. Leur responsabilité pécuniaire dut trop souvent être engagée. La loi essaya de l'alléger et de protéger les cautions d'Italie contre leur propre entraînement : elle limita à deux ans la durée de leur obligation (4).

Cette mesure répondait mal aux exigences du crédit. La pratique ne tarda pas à réclamer un mode de cautionnement qui garantît d'une façon efficace les droits du créancier : ce nouveau mode fut la fidéjussion. Il existait au milieu du VIIe siècle, au temps de Q. Mucius Scævola (5). Il y eut dès lors trois sortes d'*adpromissio*.

La fidéjussion se forme *verbis*, par une interrogation suivie d'une réponse concordante. Mais ici, comme pour la stipulation, le formalisme a été atténué (6).

1. Avantages de la fidéjussion. — La formule rédigée par les Prudents exprime la volonté de la caution de prendre à sa charge la responsabilité de l'obligation. Au lieu de promettre *idem*, le fidéjusseur dit : *Id fide mea esse jubeo* (7). De là, une série de conséquences qui donnent à la

(1) Gaius, III, 119.

(2) Cic., *ad Att.* XVI, 15 : *Sponsores appellare, videtur habere quamdam δυσωπίαν*. Sous l'Empire, le créancier qui poursuit la caution alors que le débiteur est en mesure de payer, est passible de l'action d'injures : Gaius, *D.*, XLVII, 10, 22.

(3) Cic., p. *Rabir.*, 2 ; *Nec amicos umquam suos destitit.. fide sustentare*. Cf. *p. Murena*, 34 ; *ad Att.*, XII, 17.

(4) Ce délai court, si la dette est pure et simple, du jour où le *sponsor* s'est engagé ; si elle est à terme, du jour de l'échéance : le délai est ici prolongé en fait par la volonté de la caution ; il ne peut dépasser le double de celui qui a été fixé par la loi (*C.*, VIII, 40, 29). Pour une dette pure et simple le délai est-il prolongé si le créancier a été dans l'impossibilité d'agir pendant un certain temps? C'est par exemple l'esclave d'un captif ou d'une hérédité jacente qui a stipulé sous caution. Il y eut sur ce point une controverse qui a longtemps passé inaperçue parce qu'elle est mentionnée dans un texte relatif aux fidéjusseurs (Venul., *D.*, XLV, 3, 25). Ce texte a été interpolé, car pour les fidéjusseurs la controverse n'a pas de raison d'être : la loi Furia ne leur est pas applicable. Cassius était d'avis de retarder le point de départ du délai jusqu'au retour du captif ou jusqu'à l'adition. Javolenus (*D.*, XLIV, 3, 4) estime qu'il est inique de prolonger le délai en raison de la condition du créancier, alors que la caution n'a rien fait pour que sa situation soit empirée. De ces deux opinions, la première est conforme à la logique du droit, la seconde à l'équité ; la première est favorable au créancier ; la seconde à la caution. Or l'esprit de la loi Furia était de favoriser les cautions. Gaius, III, 121.

(5) Ap. Cels., *D.*, XVII, 1, 48 pr. Il est visé dans la loi Cornelia *de adpromissoribus* qui est vraisemblablement un chapitre de la loi somptuaire proposée par Sylla. Cf. Ed. Cuq, v° Lex (*Dict. Antiq.*, III, 1138).

(6) P. 415. Ulp., *D.*, XLV, 1, 30. *Inst.*, III, 20, 9.

(7) Gaius, III, 116. Cf. sur le sens donné ici au mot *fides*, Scæv., *D.*, XVI, 1, 28, 1. La correction *idem* qui figure dans toutes les éditions n'est pas justifiée. Voir Ulp., *D.*, XLV, 1, 75, 6 ; *C. I. L.* III, p. 934. Cf. Pernice, *Sav. Z.*, XIX, 182.

fidéjussion une physionomie propre et la distinguent de la *sponsio* et de la *fidepromissio* : *a*) La fidéjussion n'a plus seulement pour but de procurer du crédit au débiteur, elle peut avoir lieu soit au moment où le débiteur s'oblige, soit avant ou après (1) ; dans ce dernier cas, elle a pour but exclusif de prendre la responsabilité de la dette d'autrui. — *b*) La fidéjussion peut être conditionnelle. — *c*) Elle peut garantir toute espèce d'obligation civile ou naturelle. On n'exige plus la novation préalable de la dette principale lorsqu'elle n'a pas été formée *verbis*. On a même admis, avec quelque hésitation, qu'on pourrait cautionner une dette délictuelle : il y a tout intérêt, dit Gaius, à faciliter le payement de la peine due en raison d'un méfait (2). — *d*) L'obligation du fidéjusseur est perpétuelle ; elle n'est pas limitée à deux ans, comme celle du *sponsor*. — *e*) Elle ne s'éteint pas au décès de la caution.

Ces nombreux avantages assurèrent le succès de la fidéjussion : elle eut toutes les préférences des créanciers.

2. Rapports entre l'obligation du fidéjusseur et celle du débiteur. — Le fidéjusseur garantit la dette d'autrui : nul ne peut être sa propre caution (3). C'est une différence avec l'hypothèque qui peut être constituée par le débiteur.

Le fidéjusseur s'oblige à côté du débiteur principal (4); il n'est pas cependant un codébiteur solidaire (5). Son obligation et celle du débiteur n'ont pas pour objet une prestation identique : elles ne résultent ni du même contrat ni de la même cause. Le fidéjusseur peut garantir une dette qu'il ne pourrait personnellement contracter, soit d'après l'intention des parties, soit en raison de la nature de l'objet (6).

Le fidéjusseur est un débiteur accessoire (7). Son obligation n'a pas une existence indépendante, comme celle d'un codébiteur solidaire : si la dette principale est nulle, la fidéjussion est nulle (8) ; si la dette principale est conditionnelle, le fidéjusseur ne peut s'obliger sans condition ; il ne peut promettre plus, ni autre chose que le débiteur prin-

(1) Jul., ap. Pap., *D.*, XV, 1, 50; Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLVI, 1], 6 pr.

(2) Gaius, III, 119, *a* ; *h. t.*, 70, 5 ; Ulp., 8, 5 : *Magis putamus*. Mais un voleur ne pourrait demander à son complice une caution pour garantir la restitution des objets volés.

(3) Jul., ap. Afr., *h. t.*, 21, 2 *in f.*

(4) Jhering (4e éd., préface, p. xi, et p. 192, t. III), a émis l'idée que, dans le droit ancien, la présence d'une caution équivalait au payement et libérait le débiteur; il reconnaît d'ailleurs que, pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, il n'en a jamais été ainsi. Voir la critique de cette opinion dans Geib, *Zur Dogmatik des r. Bürgschaftsrechts*, 1894; Karlowa, II, 31.

(5) On l'a parfois soutenu pour deux raisons : d'après Gaius (*D.*, XLIV, 7, 1, 8), le fidéjusseur *eadem obligatione tenetur;* la *litis contestatio* engagée avec le fidéjusseur ou avec le débiteur éteint la dette à l'égard de l'autre. Mais Gaius n'a pu affirmer que le fidéjusseur est tenu d'une prestation identique : il a sans doute voulu dire que, contrairement au droit commun, il est tenu en raison de la dette d'autrui. Quant à l'effet extinctif de la *l. c.*, il ne prouve pas que la fidéjussion et la solidarité soient de même espèce.

(6) Ulp., *D.*, XLVI, 3, 31 : *Fidejussor ipse ædificans... non liberabit reum*. On n'exige pas du fidéjusseur comme d'un codébiteur solidaire qu'il soit *ejusdem peritiæ* que le débiteur principal (Jul., *D.*, XLV, 2, 5).

(7) Gaius, III, 126 : *Fidejussoris obligatio accessio est principalis obligationis*.

(8) Il en est autrement du *sponsor* et du *fidepromissor* (Gaius, III, 119).

cipal, ni s'obliger *in duriorem causam* (1). Mais le fidéjusseur n'est pas un débiteur subsidiaire : comme le *sponsor* il peut être poursuivi directement par le créancier. — La liberté de se porter caution a été restreinte par la loi Cornelia : il est défendu de cautionner un même débiteur, vis-à-vis d'un même créancier, durant la même année, pour une somme supérieure à 20 000 sesterces (2). En cas de contravention, l'acte est nul pour l'excédent; il est valable pour le reste parce qu'un fidéjusseur peut promettre moins que le débiteur principal. Par exception, on peut cautionner *in infinitum* une promesse de dot ou un legs, une obligation imposée par un juge ou par la loi Julia *vicesimaria*.

3. Droits du créancier contre le fidéjusseur. — A défaut de convention spéciale ou de loi limitant la portée de son engagement, le fidéjusseur est tenu de payer tout ce que doit le débiteur principal (3). L'étendue de son obligation s'apprécie au jour de la poursuite en justice ; il a en effet promis de mettre le créancier à l'abri des conséquences de l'inexécution de l'obligation. Il peut cependant opposer au créancier les exceptions qui auraient permis au débiteur de paralyser la demande; mais, sous Justinien, ce droit est subordonné à la condition qu'il ait un recours contre le débiteur (4), et encore la règle est-elle écartée par certains bénéfices improprement qualifiés exceptions (cession de biens, compétence). Un texte vraisemblablement interpolé répartit les exceptions en deux classes, suivant qu'elles peuvent être invoquées par le fidéjusseur *(rei cohærentes)* ou qu'elles sont personnelles au débiteur *(personæ cohærentes)* (5).

Le créancier non payé à l'échéance peut, si la solvabilité du débiteur est douteuse, agir contre le fidéjusseur. Il commettrait une imprudence en poursuivant d'abord le débiteur principal, car, s'il n'était pas payé, il ne pourrait plus se retourner contre la caution : on ne peut intenter deux fois une action en raison de la même dette. Cette conséquence était contraire à l'équité; la jurisprudence imagina deux expédients pour l'écarter : *a*) avant de poursuivre le débiteur, le créancier se fait donner mandat par le fidéjusseur d'agir à ses risques et périls. Le fidéjusseur y trouve l'avantage d'être dispensé de faire l'avance des fonds si le débiteur est solvable, et, dans le cas contraire, de gagner du temps (6) ; *b*) le fidéjusseur promet de payer ce que le créan-

(1) Jav., *h. t.*, 42; Ulp., 8, 7. Il y a un cas où le fidéjusseur peut être pris à partie en raison de sa promesse alors que le débiteur est libéré : c'est lorsqu'il a rendu impossible par sa faute l'exécution de la dette, si par exemple il a tué l'esclave promis (Pap., *D.*, XLVI, 3, 95, 1 ; Paul., *D.*, XLV, 1, 88). La libération du débiteur n'est ici que relative : le fidéjusseur n'est pas admis à s'en prévaloir. Neratius et Julien donnent contre lui l'action de dol (Pap., *D.*, IV, 3, 19). Africain (*D.*, XLVI, 3, 38, 4) propose de restituer au créancier l'action éteinte. Marcien la donne comme action utile (*D.*, XXII, 1, 32, 6).

(2) Gaius, III, 124-125. La loi Cornelia ne s'applique qu'aux dettes ayant pour objet *pecuniam creditam*, ce qui s'entend dans un sens large de toute dette qui est certaine au moment où elle a été contractée même si elle a pour objet autre chose que de l'argent ; cela exclut les dettes conditionnelles, mais non les dettes à terme.

(3) Il supporte les conséquences de la demeure du débiteur (Paul., *D.*, XLV, 1, 88), de la perte de la chose par le fait du débiteur (*h. t.*, 58, 1).

(4) Paul., *D.*, II, 14, 32; Jul., ap. Ulp. *D.*, XXXIV, 3, 5 pr.

(5) P. 866, 2. Paul., *D.*, XLIV, 1, 7 pr., 1.

(6) *Inst.*, III, 26, 2.

cier ne peut obtenir du débiteur (1). Ce procédé est plus simple et va droit au but : les interprètes lui donnent le nom de *fidejussio indemnitatis* (2).

4. Recours de la caution. — *a*) Anciennement la caution n'avait aucun recours légal contre le débiteur dont elle avait acquitté la dette. Elle courait le risque d'être victime de la mauvaise foi du débiteur qui lui avait caché son insolvabilité. La loi Publilia permit au *sponsor* d'exercer la *manus injectio* contre le débiteur qui n'a pas remboursé six mois après le payement (3). Cette sanction énergique fut pour les débiteurs un avertissement de ne pas faire appel à la garantie de leurs amis sans être certains de se libérer dans les six mois de l'échéance (4).

b) La loi Appuleia améliora d'une autre manière la situation des cautions. Elle est relative au cas assez fréquent où plusieurs personnes se sont portées cautions d'une même dette. Anciennement celle qui avait payé toute la dette, sur la demande du créancier, n'avait pas de recours contre les autres. La loi a trouvé juste d'établir entre ces cautions une espèce de société : chacune d'elles ne doit supporter qu'une part de la dette ; si elle a dû la payer en entier, elle a une action contre les autres pour se faire rembourser l'excédent. La loi Appuleia s'applique au *fidepromissor* comme au *sponsor*, tandis que la loi Publilia est spéciale au *sponsor*; elle peut être invoquée dans les provinces aussi bien qu'en Italie : elle est donc postérieure à 513, date de la création de la première province (5).

c) Le système de recours établi par la loi Appuleia n'était pas sans inconvénient : la caution qui avait acquitté la dette pouvait avoir des difficultés pour recouvrer ses avances. La loi Furia *de sponsu* jugea préférable d'éviter ces actions récursoires en obligeant le créancier à poursuivre séparément les cautions vivantes au jour de l'échéance. On

(1) Ulp., XLVI, 2, 6 pr. : *Quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fidejubes* La promesse *rem pupilli salvam fore* produit un effet analogue (Alex., *C.*, V, 57, 2).

(2) Cette fidéjussion diffère de la fidéjussion ordinaire : 1° le fidéjusseur n'est tenu que subsidiairement; le créancier peut agir contre le fidéjusseur après avoir poursuivi judiciairement le débiteur. L'obligation garantie résulte, non pas du contrat conclu entre le créancier et le débiteur, mais du contrat judiciaire formé entre les plaideurs (Cf. Paul, *D.*, XIX, 2, 54 pr. : *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? Vel ita : Indemnem me præstabis*). C'est pour cela que la *litis contestatio* engagée avec le débiteur ne libère pas le fidéjusseur (Cels., *D.*, XII, 1, 42 pr.); 2° le fidéjusseur ordinaire ne peut rien reprocher au créancier qui, par sa faute ou même par sa négligence, a perdu ses actions et a laissé le débiteur devenir insolvable. Il n'en est pas de même du *fidejussor indemnitatis* (Mod., *h. t.*, 41 pr.); il a promis de garantir le créancier contre les conséquences d'une poursuite judiciaire infructueuse. Si le créancier s'est mis hors d'état d'exercer cette poursuite, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même du dommage qu'il va subir : *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Pomp., *D.*, L, 17, 203). — Il ne faut pas confondre la *fidejussio indemnitatis* avec la *promissio indemnitatis* par laquelle une personne promet à une autre de l'indemniser du préjudice que peut lui causer un certain acte : acceptation d'une hérédité, administration des biens d'un pupille à la place d'un tuteur (Afr., *D.*, XVI, 1, 19 pr.; Paul, II, 11, 2; Phil., *C.*, V, 46. 2; cf. Ulp., *D.*, XLV, 1, 20). Le promettant s'oblige, non pas à côté du débiteur comme une caution, mais à sa place.

(3) Gaius, IV, 22. C'est une *manus injectio pro judicato* qui a été maintenue après la loi Vallia. (*Ibid.*, 25.)

(4) On ignore la date de la loi Publilia, mais comme elle suppose un *depensum*, elle remonte à l'époque où l'on pesait le métal donné en payement. Cette pesée resta usitée, même après l'introduction de la monnaie d'argent, pour les obligations résultant d'un *nexum* ou d'un jugement.

(5) Gaius, III, 122.

ne s'occupe pas de leur solvabilité : si l'une d'elles ne peut payer, la perte est pour le créancier; il en est de même si l'une des cautions meurt après l'échéance. La sanction est rigoureuse : le créancier qui exige de l'une des cautions une somme supérieure à sa part virile, commet un délit et s'expose à la *manus injectio pro judicato* (1). La loi Furia accorda une autre faveur aux cautions qui s'étaient obligées en Italie (2), en limitant à 2 ans la durée de leur obligation (3). La loi Appuleia continua à être observée dans les provinces (4).

d) La loi Cicereia supprima un abus auquel avait donné lieu l'application de la loi Furia. Les cautions pouvaient s'obliger successivement, sans se connaître. Si à l'échéance l'une d'elles était insolvable, le créancier se gardait bien de le dire, et rejetait sur les autres une perte qui devait être à sa charge. La loi Cicereia déjoua cette fraude en obligeant le créancier à déclarer et à publier par la voix du héraut *(prædicere palam)* l'objet de la dette et le nombre des cautions qu'il comptait recevoir. Désormais les cautions qui ne s'engagent pas en même temps savent à quoi elles sont obligées. Les cautions doivent, dans les 30 jours de leur engagement, exercer une action préjudicielle pour faire constater la contravention (5). Si elles obtiennent gain de cause, elles sont libérées : la loi Cicereia est une *lex perfecta* (p. 126).

Après la suppression des actions de la loi, la *manus injectio* accordée au *sponsor* fut remplacée par l'action *depensi* (6), mais cette action ne pouvait être invoquée par les autres *adpromissores*. Pour combler cette lacune, la jurisprudence définit le rapport de droit existant entre le débiteur et la caution : le fidéjusseur, qui est intervenu à la demande du débiteur et pour lui rendre service, est traité comme un mandataire (7); on lui donne l'action *mandati contraria* pour se faire rem-

(1) Gaius, III, 120-122; IV, 22. La loi Furia est *minus quam perfecta*. Elle est postérieure à la loi Appuleia et antérieure à la loi Vallia puisqu'elle crée une *manus injectio pro judicato*. Elle est vraisemblablement du VIe siècle. V. cep. Appleton, *Sav. Z.*, XXVI, 36; *Mél. Gérardin*, p. 3.

(2) On n'a pas à rechercher en quel lieu l'obligation principale a été contractée. Si deux cautions ont garanti une même dette et que l'une se soit obligée en Italie l'autre en province, la première seule peut invoquer la loi Furia. Dans un fragment des *Disputationes* d'Ulpien, publié par Lenel en 1904, on lit : *In Furia lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligatio contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, eum demum relevat qui Italicus est.* (Girard, *Textes*, 491.) Une règle analogue s'applique au *pignus in Italia contractum*.

(3) D'après Gaius, III, 121, la loi Furia s'applique au *fidepromissor* aussi bien qu'au *sponsor* : c'est une extension due à la jurisprudence. Le nom de cette loi *de sponsu* donne à penser qu'elle fut édictée en faveur des *sponsores*.

(4) On a soutenu que la loi Furia était tombée en désuétude au temps de Cicéron; mais la lettre à Atticus (XII, 17) qu'on a invoquée n'est pas probante. Le texte précité d'Ulpien prouve que la loi était encore appliquée au IIIe siècle.

(5) Gaius, III, 123. La loi Cicereia est postérieure à la loi Furia et antérieure à la loi Cornelia, car elle ne s'occupe pas des fidéjusseurs. Elle est donc, au plus tôt, du milieu du VIe siècle. Si le *præjudicium* dont parle Gaius a été établi par la loi Cicereia, il faudrait en conclure que cette loi est d'une époque où la procédure formulaire était en vigueur; mais peut-être la loi avait-elle seulement prescrit une *sponsio præjudicialis*, plus tard convertie en un *præjudicium*. Cf. Karlowa, II, 736.

(6) Cette action a conservé quelques privilèges : condamnation au double contre le débiteur qui nie sa dette; satisdation *judicatum solvi*; *vadimonium* d'une valeur égale à celle du litige. Gaius, III, 127; IV, 9; 171; 186.

(7) Ulp., *D.*, XVII, 1, 6, 2. On était si favorable au recours de la caution que Marcellus et Ulpien lui donnent l'action utile de mandat lorsqu'elle a exigé une

bourser (1). S'il est intervenu spontanément, on recherche s'il a eu une intention de libéralité et, dans ce cas, il est sans recours ; sinon, on le traite comme un gérant d'affaires, on lui donne l'action *negotiorum gestorum contraria* (2).

Le recours de la caution est, en général, subordonné à quatre conditions (3) : qu'elle ait fait un déboursé (payement, délégation), tout au moins qu'elle ait été condamnée à payer (4) ; que le débiteur ait été libéré par le fait de la caution ; que le payement ait eu lieu après l'échéance ; que la caution ait averti le débiteur pour éviter qu'il ne paye à son tour (5).

La situation du fidéjusseur est bien meilleure, lorsque le créancier a exigé simultanément une caution et des gages ou hypothèques. En associant les sûretés personnelles et réelles, le créancier a l'avantage de ne pas avoir à s'occuper de la vente des gages ni d'en courir les risques. A défaut de payement à l'échéance, il poursuit la caution et lui vend son droit d'hypothèque pour le montant de sa créance (6). La caution *qui pignora suscepit* (7) est en principe traitée comme un acheteur des immeubles hypothéqués ; mais, vis-à-vis du débiteur, elle est tenue d'agir suivant la bonne foi (8) et par suite de lui restituer la chose et les fruits lorsqu'on lui offre le remboursement de ce qu'elle a payé (9). De même un créancier hypothécaire subséquent peut invoquer le *jus offerendi* (10).

La cession du droit d'hypothèque au profit de la caution peut être imposée au créancier par le juge (11).

5. Bénéfice de cession d'actions (12). — Le fidéjusseur peut forcer le créancier qu'il paye à lui céder ses actions contre le débiteur ; il se fait mettre en son lieu et place et acquiert le droit d'invoquer les sûretés réelles qui garantissent la créance (13).

rémunération pécuniaire (*eod.*, 6, 7). D'autres lui donnaient un recours dans le cas où elle était intervenue malgré la défense du débiteur (Cf. Paul, *eod.*, 40).

(1) Gaius, III, 127; Ulp., *D.*, XVII, 1, 10, 11 ; 12 pr. ; 12, 6. Il peut aussi se faire tenir compte de ses avances, par un *contrarium judicium*, en prouvant qu'il a fait un déboursé *(abesse pecuniam)*. Ulp., *eod.*, 12, 7 ; Paul, 26, 2 ; Pomp., 47 pr. Il ne s'agit pas ici, comme le pense Lenel (II, 11) d'une action *in factum*.

(2) Paul, *eod.*, 20, 1.

(3) La caution peut demander à être déchargée de son obligation si le débiteur retarde longtemps le payement ou dissipe son patrimoine (Marcel., *eod.*, 38, 1).

(4) Paul, *eod.*, 26, 2 et 4 ; Marcel, *eod.*, 38, 1.

(5) Ulp., *h. t.*, 31 ; *D.*, XVII, 1, 29, 3.

(6) Pap., *D.*, III, 5, 31 : *cum videatur jus suum vendidisse.*

(7) *Ibid.*; XX, 1, 2 ; XX, 5, 2 ; Marc., *eod.*, 5, 1 : *emptionis titulo.*

(8) Paul, *D.*, XVII, 1, 59, 1 : *neque habendum similem extraneo emptori.* Papinien (*D.*, III, 5, 31) donne au débiteur l'action de gestion d'affaires pour réclamer le gage à la caution ; il ne lui donne pas l'action *pigneraticia* contre le créancier qui a usé de son droit en cédant le gage à la caution.

(9) Sev., Car., *C.*, II, 20, 1. Il en est autrement si le débiteur a promis à la caution de la libérer dans un certain délai, faute de quoi il lui vend les fonds hypothéqués pour le montant de la somme qu'elle aura payée. Scæv., *D.*, XVIII, 1, 81 pr.

(10) Marc., *D.*, XX, 5, 5, 1.

(11) Pap., *D.*, XX, 5, 2 ; Paul, *D.*, XVII, 1, 59, 1.

(12) Ce bénéfice paraît avoir été d'abord admis au profit des cofidéjusseurs (Jul., *h. t.*, 17). Papinien l'accorde au cotuteur, au codébiteur solidaire, au propriétaire foncier (dont le fonds est tenu de l'impôt avec d'autres), pour faciliter leur recours contre leur codébiteur (*D.*, XXVII, 3, 21 ; L, 15, 5 pr.).

(13) Sev., Car., *C.*, VIII, 40, 2 pr. ; Gord., *eod.*, 14, 1. La caution peut-elle invo-

Ce bénéfice est une des créations les plus heureuses de la jurisprudence classique (1) : il répond si bien aux besoins de la pratique qu'il a été conservé par le Code civil (a. 1249) sous le nom de *subrogation* (2). Pour l'obtenir, le fidéjusseur se laisse poursuivre en justice et allègue que le créancier commet un dol en refusant de céder des actions qui lui sont inutiles, puisqu'on lui offre ce qui lui est dû. Si le dol est évident, le Préteur refuse au créancier toute action contre le fidéjusseur ; s'il y a doute, il menace le créancier d'insérer l'exception de dol dans la formule : le créancier court le risque, si le dol est prouvé, d'être débouté de sa demande et de perdre sa créance (3). — Mais, lorsque le créancier ne peut céder ses actions parce qu'il les a perdues, le fidéjusseur ne peut lui reprocher de ne pas les avoir conservées ; d'avoir, par exemple, laissé éteindre une hypothèque par prescription, ou d'avoir, par sa négligence, laissé le débiteur devenir insolvable (4). Le créancier n'a rien promis au fidéjusseur : la seule chose qu'on puisse exiger de lui, c'est qu'il ne commette pas de dol. Le moyen imaginé par la jurisprudence n'est donc pas toujours efficace : il procure au fidéjusseur une exception ; il ne lui confère pas un droit sanctionné par une action.

L'application du bénéfice de cession d'actions suppose que le payement fait par le fidéjusseur n'éteint pas les actions du créancier. Il y a là une contradiction que la jurisprudence a résolue à l'aide d'une fiction : au lieu de considérer le payement et la cession comme deux actes distincts, elle les a envisagés comme les deux éléments d'un seul et même acte juridique, d'une vente. Le payement est, en réalité, le prix d'achat de la créance : la caution est censée avoir acheté la créance pour une somme égale à celle qui est due (5).

Pour jouir de ce bénéfice, deux conditions sont nécessaires (6) : que le fidéjusseur en fasse la demande ; la subrogation est toujours

quer les *privilegia causæ?* Cf. p. 640, 11. Elle ne peut obtenir plus qu'elle n'aurait en exerçant l'action de mandat (Sev., Car., *D.*, II, 20, 1).

(1) Il était usité en Chaldée au VI[e] siècle *a. C.* Cf. Éd. Cuq, *Rev. d'Assyriologie*, XII, 101.

(2) Au point de vue théorique, il soulève de graves objections. Dire que le fidéjusseur peut forcer le créancier à lui céder ses actions, est impossible : 1° parce que le contrat qui lie le fidéjusseur au créancier est un contrat unilatéral : le fidéjusseur ne peut forcer le créancier puisqu'il n'a aucun droit contre lui ; 2° pour obtenir la cession d'actions, le fidéjusseur doit payer le créancier ; or le payement éteint le droit du créancier, et avec ce droit les actions qui le sanctionnent : le créancier ne peut céder des actions qui n'existent plus. Cette double objection a été écartée, l'une par une raison d'équité (Pap., *D.*, XXI, 2, 65 ; Ulp., *D.*, X, 2, 18, 5), l'autre par une fiction.

(3) Si le créancier allègue un motif plausible pour refuser la cession (désaccord sur le chiffre de la dette), on ne peut attendre la décision du juge, car la *litis contestatio* épuiserait le droit du créancier. On faisait sans doute, avant l'instance, une cession subordonnée à la condition que le défendeur payerait la somme liquidée par le juge.

(4) Jul., *h. t.*, 15, 1 ; Scæv., 62 ; Diocl., *C.*, VIII, 40, 25.

(5) Paul, *h. t.*, 36 : *Non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.*

(6) Faut-il en outre que le fidéjusseur ait un recours contre le débiteur principal ? La question n'est pas résolue par les textes : elle concerne les rapports de la caution et du débiteur, et il semble que le créancier n'a pas qualité pour la soulever.

conventionnelle (1); que la demande soit faite en temps utile, lors du payement (2).

6. Pluralité de fidéjusseurs. — Deux questions sont à résoudre : elles ont trait aux droits du créancier contre les fidéjusseurs, aux rapports des cofidéjusseurs entre eux.

Les cofidéjusseurs sont obligés solidairement; le créancier peut demander toute la dette à l'un quelconque d'entre eux. Ce droit exorbitant a été restreint par un rescrit d'Hadrien, qui accorde aux fidéjusseurs solvables le *bénéfice de division* (3). L'effet de ce bénéfice varie suivant les cas : *a*) Si le créancier reconnaît la solvabilité des cautions, le Préteur lui délivre contre chacune d'elles une formule limitée à une part virile. *b*) S'il conteste la solvabilité, le fidéjusseur poursuivi pour le tout ne peut demander la division sans en prendre les risques à sa charge et sans fournir caution. *c*) Si le créancier n'accepte pas cette proposition, le Préteur lui donne action pour le tout, mais en insérant dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint*, qui entraîne l'absolution du défendeur si elle est vérifiée (4). — Le bénéfice de division est refusé au fidéjusseur qui nie son engagement, au fidéjusseur d'un tuteur, à celui qui s'est porté fidéjusseur avec une femme (5).

Dans leurs rapports entre eux, les cofidéjusseurs sont considérés comme étrangers les uns aux autres : ils ne sont liés par aucun contrat. C'est à eux de se ménager un recours en s'associant; à défaut, ils n'ont que la ressource du bénéfice de cession d'actions, qui leur est utile si le débiteur est insolvable et la créance bien garantie.

7. Extinction de la fidéjussion. — La fidéjussion, étant un contrat accessoire, s'éteint avec la dette principale, par voie de conséquence. Cette règle s'applique aux modes d'extinction *ipso jure*; les modes d'extinction *exceptionis ope* ne libèrent le fidéjusseur que si l'exception

(1) Notre Code civil admet aussi la subrogation légale, a. 1251.

(2) Mod., *D.*, XLVI, 3, 76. Le payement fait sans réserve éteint les actions; la cession ne peut avoir lieu. Paul (*l. c.*) n'est pas de cet avis : il permet d'exiger la cession même après le payement. Son opinion est la conséquence logique de la conception admise par la jurisprudence : puisque l'acte du fidéjusseur n'est pas interprété comme un payement, il devrait être indifférent que le fidéjusseur ait fait des réserves. Il est probable cependant que l'opinion contraire a prévalu, car Modestin est postérieur à Paul.

(3) Gaius, III, 121. Ce bénéfice n'a ni le même caractère ni les mêmes effets que celui de la loi Furia : 1° la loi Furia oblige le créancier à diviser sa poursuite sous peine d'encourir la *manus injectio pro judicato;* elle ne divise pas la dette de plein droit, comme on l'a cru avant la recension de Gaius par Studemund et comme le maintient encore Girard (*Textes*, 306); le texte porte, non pas *in viriles partes obligantur*, mais *viriles partes hocabentur* (mot altéré pour *dare jubentur* ou *præstabunt*); la loi Furia est *minus quam perfecta :* elle n'annule pas la promesse *in solidum* des cautions. Le bénéfice d'Hadrien n'est accordé qu'aux fidéjusseurs qui en font la demande : s'ils négligent de s'en prévaloir, le créancier n'encourt aucune peine; 2° d'après la loi Furia, la division a lieu entre les cautions vivantes à l'échéance; d'après Hadrien, entre les cautions solvables et présentes (Ulp., *h. t.*, 10 pr.); 3° la loi Furia ne s'applique qu'aux *sponsores* d'Italie; le rescrit d'Hadrien peut être invoqué dans les provinces. Il est avantageux au créancier à qui il donne une sûreté plus grande, au débiteur dont il augmente le crédit, aux fidéjusseurs qu'il dispense de faire l'avance pour leurs cofidéjusseurs.

(4) Paul, I, 20, 1; *h. t.*, 28, Ulp., *loc. cit.*.

(5) Ulp., *h. t.*, 10, 1; Pap., 48 pr.; *D.*, XLVI, 6, 12 : *Pupillo agente, ... beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est, ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur.*

est *rei cohærens* (1). La fidéjussion s'éteint aussi lorsque le créancier renonce à son droit contre la caution, lorsque la caution devient l'héritier du débiteur principal ou réciproquement (2).

En dehors de l'*adpromissio*, il y a deux actes qui ont été utilisés pour procurer au créancier une garantie personnelle : le mandat et le pacte de constitut.

§ 3. **Mandatum pecuniæ credendæ.** — Le mandat consiste ici à charger une personne de prêter de l'argent à autrui. C'est une variété du *mandatum credendi*, qui a pour but soit de déterminer une personne à contracter avec autrui, soit d'accorder à un débiteur un délai pour se libérer (3). Le mandant est, conformément au droit commun, obligé d'indemniser le mandataire des conséquences de l'exécution du mandat, spécialement du défaut de payement par l'emprunteur.

La validité de ce mandat n'a pas été admise sans difficulté : au temps de Cicéron, Servius objectait qu'un pareil mandat, n'ayant aucun intérêt pour le mandant, n'était qu'un simple conseil sans valeur juridique. Cette opinion rigoureuse fut écartée. D'après Sabinus, ce mandat implique chez le mandant la volonté de prendre à sa charge les risques de l'opération. Cette interprétation avait été admise dans deux cas assez analogues : le mandat d'accepter une succession ou une tutelle (4). Le mandat donné par un créancier héréditaire ou par un parent était obligatoire et sanctionné par l'action de mandat. On appliqua la même règle au mandat de prêter de l'argent toutes les fois que l'on put établir que le prêt n'aurait pas été consenti si le mandant n'avait pas entendu prendre les risques à sa charge (5). Il faut que l'intervention du mandant ait déterminé la conclusion du contrat (6).

L'obligation pour le mandant de garantir le mandataire contre le préjudice que pourra lui occasionner l'exécution du mandat, le place dans une situation analogue à celle d'un fidéjusseur; mais de nombreuses différences les séparent : 1° Le mandat est un contrat consensuel et peut se former entre absents ; il donne lieu à des obligations

(1) L'*in integrum restitutio*, accordée à un mineur de 25 ans, peut être invoquée par son fidéjusseur s'il a garanti le créancier contre le risque ordinaire de l'insolvabilité du débiteur, mais non contre le risque de la minorité (*D.*, IV, 4, 13 pr.).

(2) Jul., *h. t.*, 14. Julien (Afr., *D.*, XLVI, 3, 38, 5) fait une réserve pour le cas où l'obligation du fidéjusseur serait plus avantageuse au créancier parce qu'elle est garantie par une hypothèque (cf. Labbé, *Étude sur quelques difficultés*, p. 200), ou parce que la dette principale est une dette naturelle (Pap., *eod.*, 95, 3).

(3) Cels., ap. Ulp., *D.*, XVII, 1, 6, 4; Pap., *eod.*, 12, 14.

(4) Jul., *D.*, XVII, 1, 32; Afr., *D.*, XVI, 1, 19, 2. Cf. Paul., II, 11, 2; Philip., *C.*, V, 46, 2. Julien a généralisé cette application du mandat : *neque enim multo referre, præsens quis interrogatus fidejubeat an absens vel præsens mandet*. L'extension de l'action de mandat au cas où le mandant n'a pas d'intérêt pécuniaire a été admise par le Proculien Celsus (*l. c.*).

(5) Gaius, III, 156. La volonté de s'obliger était souvent exprimée. Ulp., *D.*, XVII, 1, 12, 13-14 : *Periculo meo crede. Bene credis.* Scaev., 60, 1.

(6) Ulp., *eod.*, 6, 5 : *Si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit.* Aussi accorde-t-on difficilement au mandant l'*in integrum restitutio* lorsqu'il a fait prêter de l'argent à un mineur de 25 ans (*D.*, IV, 4, 13 pr.). Il ne suffirait pas d'affirmer devant le futur créancier la solvabilité de l'emprunteur (*D.*, IV, 3, 7, 10). *Non animo procuratoris intervenit* (*D.*, XVII, 1, 10, 7).

réciproques sanctionnées par des actions de bonne foi. — 2° Le *mandatum credendi* précède nécessairement la conclusion du contrat; la fidéjussion peut intervenir après la formation de l'obligation principale (1). — 3° Le *mandatum credendi* n'a pas le caractère d'un cautionnement tant qu'il n'est pas exécuté : le mandant peut révoquer son mandat; le mandataire peut renoncer à l'exécuter; la mort de l'un ou de l'autre en entraîne l'extinction. Rien de pareil dans la fidéjussion qui suppose une promesse ferme et irrévocable. — 4° Une fois exécuté, le mandat de prêter de l'argent diffère de la fidéjussion en ce que l'obligation du mandant n'est pas accessoire : elle a une valeur propre. Donc : *a*) le mandant est responsable même si l'obligation qu'il m'a déterminé à contracter ne peut se former; *b*) le mandant peut être poursuivi avant le débiteur, pourvu que ce ne soit pas contraire à la bonne foi (2); *c*) les deux obligations étant fondées sur des causes distinctes, la poursuite dirigée contre l'un ne libère pas l'autre (3); *d*) pour la même raison, le payement fait par le mandant ne libère pas le débiteur. Mais comme il ne serait pas juste que le créancier se fît payer deux fois, il devra céder au mandant l'action qu'il a contre le débiteur (4) : c'est une obligation qui s'impose à lui en vertu du contrat de mandat.

La situation du *mandator credendi* est donc meilleure que celle du fidéjusseur : celui-ci, lié au créancier par un contrat unilatéral, ne peut obtenir la cession que par voie de rétention; celui-là a un droit fondé sur un contrat synallagmatique et sanctionné par l'action *mandati contraria*. Si le créancier a perdu ses actions par sa faute ou par son fait, le mandant a le droit de se plaindre et de refuser de payer, car le mandataire s'est engagé à ne faire que des actes de bonne foi (5). Mais le *mandatum credendi* est moins avantageux pour le créancier que la fidéjussion. Il faut se garder d'y voir un mode perfectionné de cautionnement. Les classiques ne considèrent pas le mandat et la fidéjussion comme des actes équivalents (6).

§ 4. **Pacte de constitut.** — Le constitut, lorsqu'il est fait par un tiers, produit un effet analogue à celui de la fidéjussion. Il se forme *solo consensu* et n'exige pas la présence des parties. Il donne naissance à une obligation indépendante de l'obligation principale et dont l'efficacité n'est pas subordonnée au maintien de cette obligation (7).

Le constitut a dû être peu usité, si l'on en juge par le nombre très

(1) L'obligation peut donc se former sans la volonté et même contre la volonté du fidéjusseur. Marcellus en conclut que le maître qui s'est porté fidéjusseur de son esclave n'est pas tenu de l'action *quod jussu* (ap. Ulp., *D.*, XV, 4, 1, 5). Il en est autrement s'il a donné mandat.

(2) Pap., *D.*, XVII, 1, 56 pr

(3) Pap., *h. t.*, 52, 3.

(4) Pap., *D.*, XLVI, 3, 95, 10; ap. Ulp., *D.*, XVII, 1, 28.

(5) Pap., *loc. cit.*, 95, 11. Cf. Pellat, *Textes choisis*, 290. L'art. 2037 a reproduit la règle romaine sur le *mandatum credendi*.

(6) Celui qui, prié de se porter fidéjusseur, a donné mandat au créancier de prêter au tiers qui lui était désigné, celui-là a fait autre chose que ce dont il a été prié : il en est responsable vis-à-vis du mandant. Scæv., *D.*, XVII, 1, 62, 1.

(7) Pomp., ap. Ulp., *D.*, XIII, 5, 11 pr. : constitut d'une dette héréditaire avant l'adition, de la dette d'un captif.

restreint des textes qui le concernent (1). Les cautions devaient être peu disposées à choisir un mode de garantie dangereux : elles couraient le risque de payer la dette d'autrui et moitié en sus.

Le pacte de constitut, le *mandatum credendi*, l'*adpromissio* avec ses trois variétés, tels sont les modes de garantie personnelle destinés à favoriser le crédit privé. Chacun de ces modes a ses caractères propres, sa fonction spéciale, et peut rendre des services à qui en fait un emploi judicieux. Cette multiplicité de moyens de garantie montre avec quelle souplesse la jurisprudence a su se plier aux exigences de la pratique. Elle n'a pas voulu cependant que les nouveaux modes de garantie fournissent un moyen d'éluder certaines dispositions fondamentales qui restreignaient l'usage de la fidéjussion. Tout en reconnaissant que le *mandatum credendi* et le constitut ne sont pas des modes de cautionnement proprement dits, comme ils tendent au même but, elle les a fait rentrer dans une catégorie plus large, celle de l'*intercessio*.

§ 5. **Réformes de Justinien.** — La théorie du cautionnement a été modifiée par Justinien. Les réformes qu'il a introduites se rattachent à deux idées principales : simplifier les modes et les règles du cautionnement, améliorer la situation des cautions.

1° Les trois variétés d'*adpromissio*, dont la création ne s'expliquait que par des raisons historiques, ont été réduites à un mode unique, la fidéjussion. Il n'y a plus d'ailleurs de formule spéciale pour contracter cet engagement. Les lois propres à la *sponsio* et à la *fidepromissio* sont tombées en désuétude; il en est de même de la loi Cornelia restrictive du cautionnement.

2° La fidéjussion se rapproche à certains égards du *mandatum credendi* (2). Le rapprochement a été d'autant plus facile que, sous Justinien, la forme du contrat verbal était délaissée dans la pratique : la fidéjussion se constatait par écrit. Le fidéjusseur est assimilé au *mandator* quant à l'effet de la poursuite en justice : il n'est plus libéré par la *litiscontestatio* engagée avec le débiteur. Le créancier peut poursuivre successivement chacune des personnes tenues de la même dette jusqu'à ce qu'il ait obtenu satisfaction. En édictant cette règle, Justinien ne fit que sous-entendre une convention très répandue dans la pratique (3).

3° Le bénéfice de division, accordé par Hadrien aux fidéjusseurs, puis aux *mandatores*, a été étendu aux constituants (4).

4° Un autre bénéfice a été concédé aux cautions : elles sont admises à invoquer le délai de grâce de 4 mois accordé au débiteur principal pour exécuter la condamnation prononcée contre lui (5). Auparavant, le créancier, qui ne pouvait poursuivre l'exécution du jugement contre le débiteur avant 2 mois, ne manquait pas de se retourner contre la

(1) Jul., *D.*, XIII, 5, 5, 3; Ulp., *eod.*, 5, 2. Les autres textes, relatifs en apparence à ce constitut, se rapportent en réalité au *receptum* des banquiers; ils sont empruntés aux commentaires de l'Édit sur ce *receptum* (p. 514).

(2) Les compilateurs ont réuni dans le même titre les règles sur les fidéjusseurs et sur les *mandatores* : *D.*, XLVI, 1; *C.*, VIII, 40.

(3) *C.*, VIII, 40, 28, 3 : *in usu quotidiano*. Cf. Carac., *eod.*, 5; Diocl., 19.

(4) *C.*, IV, 18, 3.

(5) *C.*, VII, 54, 2; 3, 3.

caution. Celle-ci exerçait un recours immédiat contre le débiteur qui était privé du délai que la loi avait entendu lui assurer.

5° La création du *bénéfice de discussion* a sensiblement amélioré la situation des cautions. Elles jouissent de plein droit d'un avantage qu'elles n'obtenaient autrefois que par une convention spéciale (1) : le créancier ne peut agir contre la caution avant d'avoir discuté le débiteur principal. Le bénéfice de discussion transforme le débiteur accessoire en un débiteur subsidiaire. Il est accordé aux *mandatores* et aux constituants comme aux fidéjusseurs (2).

La réforme aurait pu être bonne si elle avait été contenue dans de justes limites. Justinien n'a fait qu'une réserve et elle est insuffisante : le bénéfice de discussion est refusé en cas d'absence du débiteur. On ne pouvait sans injustice forcer le créancier à exercer une poursuite rendue lente et coûteuse en raison de la distance, alors qu'il peut obtenir une satisfaction immédiate en s'adressant à la caution. Il aurait dû en être de même en cas d'insolvabilité du débiteur, puisqu'on sait d'avance que la poursuite sera sans résultat. L'imprudence du législateur a sacrifié sans nécessité l'intérêt du créancier (3). Mais quelques mois plus tard, sur la plainte des banquiers de Constantinople, la Novelle 136, c. 1, autorisa les *argentarii* qui recevaient des cautions, à exiger leur renonciation écrite au bénéfice de discussion.

Quatre ans après, la Novelle 99 vint à son tour rectifier et compléter la Novelle 4, en ce qui concerne la fidéjussion réciproque. Cette expression désigne une convention usitée dans les pays de culture hellénique. Le créancier qui a des codébiteurs conjoints peut demander à l'un d'eux le paiement total lorsque les autres sont absents ou décédés. Il est prémuni contre un retard dans le paiement d'une partie de la dette, mais non contre l'insolvabilité d'un de ses débiteurs. Cette clause ressemble à la corréalité et au cautionnement des Romains sans se confondre avec l'une ou avec l'autre (4). La validité de cette convention avait été mise en doute, mais, au temps de Papi-

(1) Le bénéfice de discussion n'a pas rendu inutile la *fidejussio indemnitatis* : le créancier, qui n'a pas poursuivi le débiteur à l'échéance, n'est pas déchu de son recours contre la caution, au cas où le débiteur deviendrait plus tard insolvable. La *fidejussio indemnitatis* au contraire impose au créancier une responsabilité exceptionnelle qui ne saurait être admise en l'absence d'une clause spéciale : elle l'oblige à user de rigueur envers le débiteur, à lui refuser tout délai. Ce n'est pas la conséquence normale du cautionnement. La caution ne peut d'ailleurs se plaindre : il dépend d'elle de payer de suite le créancier et d'exercer aussitôt son recours contre le débiteur. Cf. Labbé, sur Ortolan, III, 840.

(2) *Nov.* 4, c. 1. Exception est faite pour les banquiers qui se sont obligés par constitut (*ibid.*, c. 3, 1).

(3) Le Code civil (a. 2021-2024), en consacrant le bénéfice de discussion, a fait disparaître les imperfections de la législation de Justinien.

(4) La Novelle 99 περὶ ἀλληλεγγύων suppose des codébiteurs qui sont respectivement cautions les uns des autres (ἀλλήλων ἔγγυος). Rien n'indique qu'ils soient personnellement conjoints ou solidaires. On a objecté que, dans la version latine de la Novelle, dans l'Authentique, on a traduit la rubrique par l'expression *De reis promittendi* ; que d'après les papyrus gréco-égyptiens, l'ἀλληλεγγύη est le mode de s'obliger au payement total d'une dette (εἰς ἔκτισιν : *P. Berlin*, 853 ; *Oxy*. 506). Mais rien ne prouve que ce soit la solidarité romaine ; il n'est pas question de l'emploi d'une forme analogue à celle de la stipulation qui anciennement était nécessaire pour faire naître la solidarité et qui est restée nécessaire pour la fidéjussion.

nien, on était d'accord pour l'admettre (1). Lorsque la Novelle 4 eut introduit le bénéfice de discussion pour les cautions à la mode romaine, on demanda à Justinien de l'accorder aussi aux fidéjusseurs réciproques. La Novelle 99 fit droit à cette requête sous certaines conditions; elle pose en principe que la fidéjussion réciproque ne suffit pas pour faire naître la solidarité : elle doit être accompagnée d'une convention expresse (2). Lorsqu'il y a convention de solidarité, le créancier ne peut forcer l'un des codébiteurs à payer la totalité si les autres sont solvables et présents : en pareil cas, le débiteur poursuivi a le bénéfice de discussion; c'est à lui de mettre en cause ses codébiteurs. Dans le cas contraire, ce que le créancier ne peut obtenir d'un ou de plusieurs des codébiteurs, les autres en restent chargés (3) à titre de cautions.

§ 6. **Intercessio.** — L'*intercessio* est l'acte par lequel on prend à sa charge la dette d'autrui (4) sans y avoir intérêt (5). Elle se réalise soit en s'obligeant pour autrui, soit en donnant un gage ou une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui. Comme il y a bien des manières de s'obliger pour autrui, les auteurs modernes distinguent l'intercession cumulative et l'intercession privative.

L'intercession est cumulative lorsqu'on s'oblige à côté du débiteur principal par une *adpromissio*, un *mandatum credendi*, un pacte de constitut, ou même lorsqu'on s'oblige solidairement avec lui (6). Dans tous ces cas, le créancier a deux débiteurs au lieu d'un. Il y a également intercession cumulative, lorsque l'on constitue une hypothèque pour autrui (7) : le créancier a deux actions, l'une personnelle, l'autre réelle.

L'intercession est privative lorsqu'on s'oblige à la place du débiteur principal *(expromissio)*, lorsqu'on défend en justice au nom d'autrui, ou que l'on fait pour lui un compromis (8) ; d'une manière générale, toutes les fois que l'on contracte à sa place, par exemple, lorsque j'emprunte de l'argent pour le prêter à un tiers qui n'ose pas s'adresser directement au prêteur.

Le plus souvent, celui qui s'oblige à côté ou à la place d'autrui, n'a aucun intérêt personnel : la conclusion d'un de ces actes fait présumer l'*intercessio*; mais cette présomption cède devant la preuve contraire, si par exemple j'ai cautionné un débiteur qui a emprunté de l'argent pour accomplir un acte dans mon intérêt. A l'inverse, l'intercession peut se dissimuler sous l'apparence d'un acte que l'on conclut pour son propre compte, par exemple lorsque j'emprunte de l'argent pour le remettre à un tiers qui n'a pas de crédit (9).

(1) Pap., *D.*, XLV, 2, 11 pr.

(2) Justinien a restreint les cas où la fidéjussion réciproque donnait droit au paiement total. Il s'est inspiré d'une règle formulée par Pap., *eod.*, 11, 2.

(3) Cf. les papyrus postérieurs à 539 : *P. Berlin*, 736, de 544-559; 837, de 609, où il n'y a pas de convention de solidarité, fixent la part que chacun des codébiteurs devra payer. Au contraire *P. Amh.*, 151, de 610-644, déclare que les codébiteurs seront tenus ἀδιαιρέτως, c'est dire que leur dette ne sera pas divisée.

(4) Pap., *D.*, XVI, 1, 8, 1 : *Alienam obligationem recipere.* Ulp., *eod.*, 2, 5.

(5) Gaius, *eod.*, 13 pr. ; Pomp., ap. Paul., *eod.*, 22.

(6) Jul., ap. Afr., *eod.*, 17, 2; Paul., *eod.*, 18.

(7) Jul., *eod.*, 17, 1; ap. Ulp., 8 pr. ; Pomp., *eod.*, 32, 1.

(8) Ulp., *eod.*, 8, 2; Paul., 22. — Ulp., 2, 5; Paul., 3. — Paul., *D.*, IV, 8, 32, 2.

(9) Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXIV, 3, 5 pr., 1; Paul., *D.*, XVI, 1, 29 pr.

1. Personnes incapables d'intercéder. — Si la jurisprudence a déterminé avec soin les actes qui constituent une intercession, c'est qu'il y a certaines personnes à qui il est défendu d'intercéder : les esclaves et les femmes (1). Cette prohibition résulte pour les esclaves des principes généraux du droit, pour les femmes du Sc. Velléien. Elle a vraisemblablement existé dans les mœurs avant d'être consacrée par le droit. Le Sc. Velléien dit, en effet, que l'intercession est un office viril, donc un office qu'un homme libre seul est en mesure de rendre. Tel était le caractère du cautionnement à l'époque antique : c'était une garantie de l'honorabilité du débiteur (2). Lorsque le cautionnement devint surtout un engagement pécuniaire, on eut à décider si les esclaves et les femmes pourraient garantir la dette d'autrui.

La question fut résolue pour l'esclave par application des principes généraux : il ne peut obliger son maître en contractant avec autrui; il est donc incapable d'intercéder. Cette incapacité subsiste s'il est administrateur d'un pécule; mais les Sabiniens distinguent suivant que l'esclave s'est obligé dans l'intérêt du pécule ou dans l'intérêt d'autrui : l'obligation, valable dans le premier cas, ne l'est pas dans le second, car l'intercession suppose qu'on intervient pour autrui sans y avoir intérêt. C'est l'opinion qui a prévalu (3).

L'incapacité des femmes fut d'abord restreinte aux femmes mariées : un édit d'Auguste leur défend d'intercéder pour leurs maris. Cet édit se rattache aux dispositions destinées à assurer aux femmes la restitution de leur dot. On n'a pas voulu qu'une partie de la fortune de la femme restât entre les mains des créanciers du mari. On craint que la femme n'ait la faiblesse de contracter un engagement dont elle n'aperçoit pas les conséquences. C'est une idée nouvelle qui se fait jour, une idée de protection. Cette protection était nécessaire à une époque où la tutelle des femmes était illusoire; elle le fut plus encore lorsque la loi eut supprimé la tutelle légitime des agnats. Claude confirma l'édit d'Auguste.

2. Le Sénatusconsulte Velléien. — S'inspirant de la même idée, le Sénat étendit la défense d'intercéder à toutes les femmes : il leur fut interdit de se porter caution ou d'emprunter pour autrui (4). Tels sont les deux actes visés par le Sc. appelé Velléien, du nom de l'un des consuls qui l'ont proposé au début du règne de Néron (5). La juris-

(1) Les militaires, depuis le IIIe siècle, les *curiales* au Bas-Empire sont frappés d'une incapacité partielle d'intercéder : il est interdit aux militaires pour une raison d'utilité publique de défendre en justice au nom d'autrui (Alex., *C.*, II, 12, 7), aux militaires et aux *curiales* de se porter cautions d'un fermier. Leo, *C.*, IV, 65, 30; 31.

(2) Cf. Ed. Cuq, v° Intercessio (*Dict. Antiq.*, III, 554). C'est dans un sens tout différent et, croyons-nous, inexact que P. Gide (*Etude sur la condition privée de la femme,* 154) a interprété l'*officium virile* dont parle le Sc. Velléien. Le Sénat n'a pas entendu accroître la liste des *officia virilia ;* il a voulu maintenir un usage antérieur en le justifiant par une idée nouvelle.

(3) Ulp., *D.*, XV, 1, 3, 9. L'incapacité d'intercéder n'a pas été étendue au fils de famille : il a un intérêt personnel à la conservation du pécule qui doit un jour lui revenir, tandis que l'esclave n'est pas sûr que son maître le lui laissera.

(4) Le texte du Sc. a été conservé par Ulpien, *h. t.*, [*D.*, XVI, 1], 2, 1.

(5) La date de l'an 46, jusqu'ici admise, ne peut être maintenue depuis que l'on connaît les consuls de cette année. Cf. Hülsen, *Röm. Mitteil.*, 1904, p. 322.

prudence généralisa cette règle (1) et, conformément à l'esprit de la loi, interdit aux femmes d'intercéder pour autrui.

a) Application du Sénatusconsulte. — La prohibition est absolue, et, dans l'opinion dominante au IIIe siècle, s'applique même au cas où la femme a intercédé pour autrui sans le savoir (2). C'est bien la preuve que la protection, accordée à la femme, est considérée comme étant d'ordre public : la femme ne peut renoncer à s'en prévaloir (3). Il y a cependant quelques cas où le Sc. est inapplicable : lorsque la femme a profité du prêt consenti au débiteur; lorsqu'elle a commis un dol; lorsqu'elle s'est fait payer son intervention; lorsqu'elle a reçu du débiteur principal l'argent nécessaire au payement de la dette; lorsqu'elle a intercédé pour doter sa fille ou pour défendre son mari malade ou absent; lorsque le créancier est un mineur de 25 ans et qu'il ne peut se faire payer par le débiteur principal (4); si le créancier a ignoré que la femme faisait acte d'intercession (5).

Sauf ces exceptions, il est défendu à la femme de s'obliger pour autrui, mais elle conserve le droit d'aliéner; elle peut payer la dette d'autrui, faire une dation en payement, une délégation. La distinction est facile à justifier : l'aliénation entraîne un appauvrissement immédiat : la femme ne saurait se méprendre sur la portée de cet acte (6). La promesse n'engage que l'avenir : la femme peut se faire illusion, croire que le débiteur sera en mesure de payer à l'échéance et qu'elle n'aura rien à débourser. Il est plus facile, dit Ulpien, d'obtenir de la femme une promesse qu'une donation (7).

b) Sanction. — L'*intercessio* faite par la femme, contrairement au Sc Velléien, n'est pas nulle de plein droit. Le Sénat s'est contenté d'inviter les magistrats à faire respecter son avis (p. 25). Si la contravention

(1) Elle l'appliqua à l'hypothèque constituée par la femme pour garantir la dette d'autrui. ALEX., *C.*, IV, 28, 4 pr. : *Quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est.* Le Sénat ne s'était occupé que des cas où la femme s'était obligée personnellement (*ejus generis obligationibus obstringi* : *h. t.*, 2, 1 ; *mulieri obligatæ*, *h. t.*, 4, 1). Devait-on étendre la règle à l'*obligatio rei?* La question fut résolue affirmativement par Julien (*D.*, VI, 1, 39, 1); cf. POMP., *h. t.*, 32, 1; ULP., *D.*, IV, 4, 7, 3 : *in interventionibus ut puta si fidejussorio nomine se vel rem suam obligavit.*

(2) PAUL, *h. t.*, 23. Au IIe siècle, Marcellus était d'un avis différent; suivant lui, l'intercession se reconnaît non pas à la nature de l'acte, mais à l'intention des parties : *ut ab initio mulier in alterius locum subdatur.*

(3) On a objecté POMP., *h. t.*, 32, 4. Mais il s'agit ici d'une renonciation faite en justice : on n'a pas à redouter que la femme ne soit pas éclairée sur les conséquences de son acte. Voir un cas de renonciation tacite, p. 865, 2.

(4) CALLISTR., *h. t.*, 21 pr. : *Quia non fit pauperior.* — ULP., *h. t.*, 2, 3 : *Deceptis, non decipientibus opitulatur.* — *C.*, IV, 29, 23, où Justinien supprime la distinction entre le cas où la femme s'est fait payer avant ou après l'intercession. — JUL., *eod.*, 16 pr. — *C.*, IV, 29, 12. — PAUL, *D.*, III, 3, 41; GAIUS, *D.*, IV, 4, 12. Aj. p. 405, 1.

(5) PAUL, *h. t.*, 11 : *Alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint.* La question se pose lorsque l'acte est déguisé sous l'apparence d'une obligation principale : on recherche si le créancier a connu ou ignoré les circonstances qui faisaient de cet acte une intercession.

(6) GAIUS, *h. t.*, 5. La femme conserve le droit d'invoquer le Sc. tant que l'aliénation n'est pas entièrement consommée. Si, par exemple, elle a vendu et livré une *res mancipi*, elle peut, tant que l'usucapion n'est pas achevée, revendiquer la chose, et à l'exception *rei venditæ et traditæ*, elle répond par une réplique fondée sur le Sc. (POMP., *h. t.*, 32, 2). Cf. LABBÉ, sur MACHELARD, *Dissertations*, p. 38.

(7) *H. t.*, 4, 1 : *Facilius se mulier obligat, quam alicui donat*; CALLISTR., 21, 1. Si la femme intercède *donandi animo*, le Sc. paraît applicable, car les textes ne font aucune distinction.

est manifeste, le magistrat refuse au créancier toute action contre la femme (1); s'il y a doute, il insère dans la formule une exception pour autoriser le juge à rechercher s'il y a eu contravention (2). Cette exception, qui n'est qu'une application spéciale de l'exception promise par l'édit *si quis contra legem Sctumve factum esse dicetur*, porte le nom d'exception du Sc. Velléien ou *intercessionis*. Elle peut être invoquée par la femme et par ses cautions, alors même qu'elles seraient intervenues dans une intention de libéralité (3). Si la femme a négligé de s'en prévaloir, elle peut encore l'opposer à l'action *judicati* pour échapper à l'exécution du jugement (4). Cette exception, lorsqu'elle est fondée, entraîne l'absolution de la femme, sans laisser subsister une obligation naturelle (5).

La femme une fois mise hors de cause, la situation du créancier varie suivant les cas : si l'intercession est cumulative, il conserve son droit contre le débiteur principal; si elle est privative, l'équité veut qu'on restitue au créancier comme action utile l'action qu'il avait contre son ancien débiteur : l'action qui lui est donnée est appelée *restitutoire* ou *rescisoire* (6). Si l'intercession a été déguisée sous l'apparence d'une obligation nouvelle contractée par la femme, le créancier obtiendra une action contre le tiers pour lequel la femme s'est obligée, comme s'il avait traité avec lui (7).

3. Innovations de Justinien. — Les textes manquent sur l'application du Velléien aux ivᵉ et vᵉ siècles : le Code Théodosien ne mentionne pas la prohibition du Sénatusconsulte; au Code de Justinien, dans le titre qui s'y réfère, il n'y a aucune loi des empereurs de cette époque. Au viᵉ siècle la législation impériale entre dans une voie nouvelle; sans écarter la règle posée par le Velléien, elle permet à la femme, sous certaines conditions, d'intercéder valablement pour autrui : la femme peut renoncer au bénéfice du Sc.; elle perd le droit de l'invoquer, *a*) si, 2 ans après avoir intercédé, elle confirme par écrit son engagement, ou bien donne un gage ou une caution; *b*) si elle a reçu de l'argent ou toute autre valeur, lors de l'*intercessio* ou après, sans distinguer s'il y a ou non un écrit; *c*) si, dans l'acte d'*intercessio*, elle déclare avoir reçu quelque chose, pourvu que cet acte soit un acte public signé par 3 témoins (8); *d*) si, à défaut d'acte public, le créancier prouve qu'elle a reçu quelque chose. Dans tous ces cas, la femme est déchue du droit d'invoquer le secours du Sc. (9).

Vingt-six ans plus tard, en 556, la Novelle 134, c. 8, voulant peut-être tenir compte de l'usage observé dans l'Italie récemment reconquise,

(1) Ulp., *h. t.*, 2, 1 : *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.*
(2) Mod., *h. t.*, 25, 1; Paul, *D.*, XLIV, 1, 7, 1.
(3) C'est l'opinion de Julien qui a prévalu sur celle de Cassius (*h. t.*, 16, 1).
(4) Jul., ap. Ulp., *D.*, XIV, 6, 11.
(5) Jul., *h. t.*, 16, 1 : *Totam obligationem senatus improbat.* La femme, qui a payé par erreur, peut exercer la répétition de l'indû. Marc., *D.*, XII, 6, 40 pr.
(6) Jul., Marcel, ap. Ulp., *h. t*, 8, 12; 8, 9. *C.*, IV, 29, 16.
(7) Ulp., *h. t.*, 8, 14-15. Les auteurs modernes appellent *institutoria* cette action qui *instituit magis quam restituit obligationem*. Cf. Lenel, I, 334.
(8) Anast., *C.*, IV, 29, 21; Just., *eod.*, 22; 23.
(9) *Jubemus nihil ejusmodi valere. . sed perinde haberi ac si scriptum non esset.*

rétablit la prohibition antique, mais seulement dans le cas où la femme a intercédé pour son mari. Cette intercession est considérée comme sans valeur, même si elle a été confirmée, à moins qu'on ne prouve que l'argent a été employé au profit exclusif de la femme.

II. Sûretés réelles.

§ 1er. **Histoire des sûretés réelles.** — Les Romains ont de bonne heure connu deux sortes de sûretés réelles : l'aliénation fiduciaire et le *pignus*.

1. L'aliénation fiduciaire. — Ce fut, à l'origine, le seul moyen légal de constituer une sûreté réelle : il exige une mancipation ou une *in jure cessio* (p. 441). Le créancier acquiert immédiatement la propriété et la garde définitivement si le débiteur ne paye pas à l'échéance (1). Dans le cas contraire, le créancier doit retransférer la propriété, mais cette obligation n'a été sanctionnée par l'action de fiducie qu'aux derniers siècles de la République. Cette action est d'ailleurs une action personnelle qui ne peut être exercée contre les tiers acquéreurs.

2. Le gage. — Le gage *(pignus)* consiste à remettre un objet mobilier (2) au créancier, à charge par lui de le rendre lorsqu'il reçoit son payement. Le débiteur livre sa chose, mais en reste propriétaire ; il peut, après payement, la revendiquer contre tout détenteur. Aucune solennité n'est requise pour la constitution du gage : une tradition suffit. Le gage n'avait par lui-même aucune valeur juridique. Mais l'état de fait qui en résultait assurait au créancier un avantage appréciable : il mettait le débiteur dans l'impossibilité d'aliéner la chose au préjudice du créancier, soit par tradition, soit par mancipation.

Le gage était usité, à l'époque antique, pour les dettes de peu d'importance (3), ou bien à titre provisoire en attendant que le débiteur trouvât des cautions (p. 450). C'était un mode de garantie très imparfait et inférieur au cautionnement, puisqu'il ne donnait pas au créancier le moyen d'être payé. Mais il dépendait des parties d'en faire une sûreté très efficace en joignant à la tradition un pacte commissoire.

En vertu de ce pacte, la propriété du gage était retirée au débiteur à titre de peine *(commissum)* et acquise de plein droit au créancier non payé. L'existence de ce pacte au temps de Caton n'est certaine que dans le cas où le débiteur enlève frauduleusement l'objet engagé (4) ; mais il est vraisemblable que le pacte commissoire avait une application plus large (5), car sous des formes diverses *(lex commissoria, dominii impetratio)* l'idée d'attribuer la propriété du gage au créancier non payé a persisté jusqu'à Justinien.

(1) Cic., p. *Flac.* 21, 51 : *Hanc fiduciam commissam tibi dicis.*
(2) Gaius, *D.* L, 16, 238, 2. A l'époque classique, le gage peut aussi avoir pour objet un immeuble. Ulp., *D.*, XIII, 7, 15.
(3) Le débiteur remettait son anneau à titre de gage. Plin., *H. n.*, XXXVIII, 1, 28.
(4) *Ibid.* : *Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.* Clause du traité de Rome avec les Latins : *Si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto.* Fest., vº *Nancitor.* Cf. Ed. Cuq, *Le colonat partiaire*, 53.
(5) D'après Plaut., *Capt.*, II, 3, 76, le débiteur, qui ne pouvait payer, abandonnait son gage : *pignus deserere.*

Pour faire du gage un instrument de crédit vraiment pratique, il fallait accorder au créancier le droit de vendre le gage et de se payer sur le prix. Si le prix de vente dépasse le chiffre de la dette, le créancier doit compte de l'excédent; s'il est inférieur, le débiteur paye la différence. Le pacte autorisant le créancier à vendre le gage, faute de payement à l'échéance, était usité au temps de Cicéron (1).

Le gage se constitue ordinairement par un contrat. Dans deux cas il est établi sur l'ordre du magistrat : au profit de certains créanciers qui obtiennent un envoi en possession à titre conservatoire; c'est le *pignus prætorium*, qui peut être général ou spécial (2); pour assurer l'exécution d'un jugement dans la procédure extraordinaire; c'est le *pignus ex causa judicati captum* (3) qui porte sur un ou plusieurs objets.

3. Le gage sans tradition. — Le gage, comme la fiducie, avait l'inconvénient de priver temporairement le débiteur de la jouissance de sa chose et, dans certains cas, de le mettre hors d'état de remplir son obligation. En pareil cas on renonçait à la remise effective du gage. Si par exemple un petit spéculateur achète la récolte pendante d'une olivette ou d'une vigne et qu'il n'ait d'autre gage à fournir que le matériel qui lui sert à faire la récolte, l'apport du matériel sur le fonds du vendeur est considéré comme équivalent à la tradition. Cette innovation n'était pas sans péril : on pouvait craindre que le débiteur n'enlevât frauduleusement le matériel et que le créancier non payé ne perdît la sûreté sur laquelle il comptait. On obvia au danger par le pacte commissoire. Grâce à cette clause, le créancier peut revendiquer la chose, et même exercer l'action de vol. Ainsi s'introduisit dans le droit privé l'idée de constituer un gage sans une tradition effective.

Cette idée fut appliquée bientôt après au cas où un fermier affecte ses instruments aratoires au gage du bailleur. Dans ces cas, comme dans le précédent, l'apport du matériel sur le fonds du bailleur tient lieu de tradition. Il n'y a pas non plus de tradition effective dans le cas où le créancier autorise le débiteur à conserver la chose engagée à titre de louage ou de précaire (4). En réalité, dans ces divers cas, le gage est constitué par un simple pacte (5).

Le *pignus* sans tradition concilie d'une manière satisfaisante l'intérêt du créancier et celui du débiteur : au créancier il confère le droit de se mettre en possession faute de payement à l'échéance; au débiteur, il offre l'avantage de conserver jusqu'à l'échéance l'usage, la jouissance (6) et la disposition de sa chose, sous la réserve du droit concédé (7). Il peut notamment l'affecter à la sûreté de plusieurs dettes lors-

(1) Serv. ap. Ulp., *D.*, XLVII, 10, 15, 32.
(2) Just., *C.*, VIII, 21, 1.
(3) Carac., *C.*, VIII, 22, 1.
(4) Paul, *D.*, XIII, 7, 37. C'est une exception (Ulp., *D.*, XLIII, 26, 6, 4) à la règle d'après laquelle on ne peut ni louer ni recevoir à précaire sa propre chose (Ulp., *D.* L, 17, 45 pr.).
(5) Ulp., *D.*, XIII. 7, 1 pr. : *Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventione.* Cf. Manigk, *Pauly's Wissova*, v° *Hypotheca*, p. 343.
(6) En cas d'abus de jouissance, le créancier peut agir avant l'échéance : Cels., ap. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XX, 1], 14 pr.
(7) Le débiteur peut aliéner (Diocl., *C.*, VIII, 27, 12), sauf convention contraire

qu'elle a une valeur suffisante pour en assurer le payement; il peut aussi donner en garantie ses biens à venir. Après payement il a, pour recouvrer sa chose, l'action en revendication.

Malgré les avantages que procure le *pignus* sans tradition, la fiducie et le *pignus* avec tradition ont subsisté : l'une offre une sûreté plus énergique; l'autre, une sécurité plus grande pour les objets mobiliers faciles à détourner (1). Le *pignus* sans tradition s'est lentement répandu dans l'usage. Pendant longtemps les Romains ont continué à préférer les sûretés personnelles aux sûretés réelles. C'est seulement au milieu du IIe siècle que les garanties réelles ont paru plus efficaces (2).

Avec ou sans tradition, le gage n'est qu'une garantie pour le créancier. Il n'en était pas de même en Grèce et dans les provinces orientales de l'Empire, au moins en Égypte. Le *pignus* sans tradition y était considéré comme une institution distincte du gage : on l'appelait hypothèque (3). L'hypothèque grecque équivaut à une dation en payement. L'intérêt de la distinction apparaît dans la question des risques : en Grèce, les risques de la chose hypothéquée sont pour le créancier; à Rome, pour le débiteur qui reste tenu de payer (4).

A Rome en effet, les classiques font de l'hypothèque une variété du *pignus* et lui en donnent le nom. D'après Ulpien (5), il y a deux sortes de *pignus* : l'une exige la remise de la chose, l'autre se forme par un simple pacte, sans tradition. La première consiste à *rem tradere*, la seconde à *rem obligare*. L'expression *rem obligare* est employée par les textes législatifs : au temps d'Auguste dans la loi Julia sur le fonds dotal (6); au temps de S. Sévère, dans le Sc. sur les biens ruraux ou suburbains des pupilles (7). Les jurisconsultes ont pour la plupart (8) hésité à faire usage du mot hypothèque. Tel est le cas de Scævola et de

(Marc., *D.*, XX, 5, 7, 2) ou fraude (Jul., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 2, 19, 6; 67 pr). Sur la défense d'aliéner, cf. Rabel, *Die Verfugungsbeschrankungen des Verpfanders*, 1909.

(1) Gaius, *D.*, L, 16, 238, 2 : *Quidam putant pignus proprie rei mobilis constitui.*

(2) Pomp., *D.*, L, 17, 125 : *Plus cautionis in re est quam in persona.* Cf. Paul, *D.*, XVII, 1, 59, 6; L, 16, 188, 1.

(3) Cic., *ad fam.*, XIII, 56, 2 (province de Carie). Édits des préfets d'Égypte Tib. Julius Alexander (an. 68) et M. Mettius Rufus (an. 89) : Dittenberger, *Or. gr.*, II, 669; *Inscr. gr. ad r. R.*, I, 1263. *P. Oxy.*, II, 237. Le texte de Cicéron ne prouve nullement, comme le pense Girard, 771, 1, que le *pignus* sans tradition n'existait pas à Rome, à la fin de la République. Il prouve simplement que les Romains ne le confondaient pas avec l'hypothèque grecque. Il n'y a également rien à conclure de ce que le Sc. Velléien n'a pas visé l'hypothèque : le Sénat n'a prohibé que les actes par lesquels la femme s'oblige personnellement dans l'intérêt d'autrui, il n'a pas défendu de *rem alienare aut obligare*. C'est la jurisprudence qui a étendu la prohibition.

(4) Alex., *C.*, IV, 24, 6. Le caractère attribué à l'hypothèque a été contesté par Dareste (*N. R. H.*, XXXII, 646) et par Pappulias (ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια, 1909, p. 39). Mais les textes cités, qui supposent la mise en vente des biens, ne sont pas décisifs, car ils prévoient des cas exceptionnels. Les papyrus gréco-égyptiens confirment, pour l'époque romaine, le caractère attribué à l'hypothèque. Cf. Mitteis, *Grundz.*, 146.

(5) *D.*, XIII, 7, 1 pr; Marc., *D.*, XX, 1, 5, 1.

(6) Gaius, *D.*, XXIII, 5, 4. L'expression *prædium obligare* est déjà dans la loi agraire de 643 (l. 74) : elle s'applique à la *prædiorum subsignatio* au profit de l'État. Dans une tablette de Pompéi de l'an 61, le mancipant déclare *neque ea mancipia alii ulli obligata esse* (*C. I. L.*, IV, suppl. CLV).

(7) Cf. p. 216, 1.

(8) Cf. Manigk, *Pauly's W.*, h. v°.

Paul, lorsque, dans une question qui leur est posée, celui qui les consulte emploie le mot hypothèque, ils ont soin dans leur réponse de remplacer ce mot par *pignus* ou *rei obligatio* (1). Si Gaius et surtout Marcien l'admettent dans leurs traités dogmatiques, ils l'excluent de leurs livres élémentaires (2). Ils restent d'ailleurs fidèles à la doctrine classique : le gage et l'hypothèque ne sont pas, comme en Grèce (3), deux institutions distinctes. Entre *pignus* et *hypotheca*, il n'y a, dit Marcien (4), qu'une différence de mots.

L'unité d'institution ressort de ce fait que les rapports résultant du pacte d'hypothèque sont sanctionnés par les actions personnelles qui découlent du contrat réel de gage. Ces actions sont données comme actions directes et non comme actions utiles : il n'y a donc pas une extension de leur application normale. L'unité d'institution subsiste sous Justinien, bien que le mot hypothèque soit d'un usage courant; mais on l'emploie parfois pour désigner le gage avec tradition. On distingue alors *duplex genus hypothecarum* (5), comme on distinguait autrefois deux sortes de *pignus*.

Suivant la terminologie qui prévaut sous Justinien, nous appellerons désormais hypothèque le *pignus* constitué sans tradition. En recherchant les règles établies pour l'hypothèque, nous constaterons qu'elles ont été presque toutes appliquées au gage, de même qu'on a étendu à l'hypothèque les règles édictées d'abord pour le gage.

4. L'hypothèque. — L'hypothèque n'a pris le caractère d'une institution juridique qu'après avoir été sanctionnée par le Préteur. Cette sanction a d'abord été établie pour un cas spécial, celui du colon qui affecte à la sûreté de sa dette son matériel d'exploitation. La garantie du bailleur était ici fort précaire : le colon avait plus de facilité que le locataire d'une maison pour échapper à la surveillance du bailleur et pour transporter hors du fonds les objets engagés. Le Préteur accorde au bailleur non payé l'interdit Salvien pour se mettre en possession des *invecta et illata*. Désormais le bailleur eut un droit sur les objets engagés par le colon (6). Ce droit était assez fragile : avant Justinien,

(1) *D.*, XX, 1, 34, 1; XVII, 1, 60, 4; XXXII, 101 (où il s'agit de terres situées en Syrie). — *D.*, XX, 3, 4; XX, 6, 11.

(2) M. Fehr (*Beitr. zur Lehre vom röm. Pfandrecht in d. Klass. Zeit.* 1910) a soutenu que le mot *hypotheca* a été interpolé (cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XXXI, 490). Sa démonstration n'est rien moins que probante : les compilateurs n'ont pas une préférence marquée pour ce mot; ils disent *obligare* (*Inst.*, II, 1, 8; *Nov.* 22, c. 20), *supponere* (*C.* IV, 27, 3 pr.; VIII, 16, 9, 1; 33, 3, 4[b]; V, 71; *D.*, XXVII, 9 [rubr.]; *Nov.*, 120, c. 7) pour *hypothecæ dare;* ils emploient *pignus* dans un sens large, comme les classiques : *Nov.*, 7, 34; App. 8. Enfin il est difficile de croire qu'ils aient interpolé le titre des ouvrages de Gaius et de Marcien sur la *formula hypothecaria*. Cf. Ebrard, *Die Digestenfrg. ad form. hypothecariam*, 1917.

(3) Sur l'hypothèque grecque, cf. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, III, 355; Beauchet, III, 176; Hitzig, *Das griech. Pfandrecht*, 1895; Dareste, *N. R. H.*, XXXII, 639; Egon Weiss, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1909. On a prétendu que les Romains ont emprunté aux Grecs leur système de sûretés réelles, mais il existe entre les deux systèmes des différences telles qu'il est difficile d'accueillir cette manière de voir.

(4) *H. t.*, 5, 1. Marcien n'entend pas nier les différences résultant de ce que l'hypothèque n'exige pas la mise en possession : faculté d'hypothéquer la même chose à plusieurs créanciers; de consentir une hypothèque sur les biens à venir.

(5) *C.*, VIII, 21, 2, où il s'agit d'un *pignus prætorium*.

(6) Gaius, IV, 147. Ce droit portait même sur les objets qui n'appartenaient pas

il était opposable au colon, mais non aux tiers détenteurs (1). Pour en faire un véritable droit réel, il fallait permettre au bailleur de s'en prévaloir *erga omnes* : ce résultat fut obtenu par la création d'une action réelle, l'action Servienne (2). On en a peu à peu étendu l'application à tous les cas où un débiteur affecte un de ses biens à la garantie de sa dette sans en transférer la propriété ni la possession Le Préteur protégea ces extensions du pacte conclu entre le colon et le bailleur, par une formule spéciale, modelée sur l'action Servienne, et appelée quasi-Servienne ou hypothécaire (3) par les compilateurs.

La sanction donnée au pacte d'hypothèque était la reconnaissance implicite du droit qui en résultait. La jurisprudence eut à déterminer la nature de ce droit, ses conditions d'existence, ses attributs; à régler le conflit entre créanciers ayant hypothèque sur la même chose. Elle fit de l'hypothèque un instrument général de crédit, un mode de garantir toute sorte d'obligations. La théorie de l'hypothèque, ébauchée par les jurisconsultes du règne de Trajan, développée par ceux des IIe et IIIe siècles, porte à tous égards la marque de l'époque où elle s'est formée. On sent qu'elle a été construite par des esprits libres et avertis, qui l'ont accommodée aux besoins de leurs contemporains. S'ils n'ont pas réussi à organiser d'une manière parfaite le crédit réel, ils ont eu du moins le mérite de tracer la voie dans laquelle le droit moderne devait s'engager : assurer au créancier hypothécaire le moyen d'être payé sur le prix, tout en réservant au débiteur la possibilité de profiter, s'il y a lieu, de l'excédent (4).

§ 2. **Nature et objet de l'hypothèque.** — 1. NATURE. L'hypothèque est un droit réel sur la chose d'autrui. Aucune loi ne l'a consacré, mais de l'existence d'une action réelle prétorienne, la jurisprudence a conclu à l'existence d'un droit (5) opposable, soit au débiteur, soit aux tiers

au débiteur. Cela est certain pour le bail à loyer (ULP., *D.*, XLIII, 32, 1, 5) ; il n'y a pas de raison pour qu'il en soit ici autrement. Cf. LENEL, II, 238.

(1) GORD., *C.*, VIII, 9, 1. JUL., *D.*, XLIII, 33, 1, 1, dit le contraire, mais ce texte a été interpolé : Julien parlait ici de l'action Servienne, comme le prouve ULP., *D.*, XX, 1, 10, qui reproduit la décision originale de Julien.

(2) *Inst.*, IV, 6, 7. L'interdit Salvien et l'action Servienne paraissent antérieurs à Labéon qui admet l'efficacité du pacte par lequel le colon affecte les *invecta et illata* à la sûreté de sa dette (*D.*, XX, 6, 14 pr.). Il est vraisemblable que l'interdit a précédé l'action.

(3) Cette action prétorienne (PAUL., *D.*, II, 14, 7, 2; *Inst.*, *l. c.*), qualifiée au Digeste *pigneraticia Serviana sive hypothecaria* (*D.*, X, 4, 3, 3), n'a pas fait l'objet d'un Édit. Elle figurait dans l'album comme appendice à l'interdit Salvien (cf. LENEL, *EP.*³, § 268). Cette action existait vraisemblablement au temps d'Auguste, sans quoi la disposition de la loi Julia prohibant l'obligation du fonds dotal eût été inutile. On a objecté que le Sc. Velléien n'a pas défendu à la femme la *rei obligatio* dans l'intérêt d'autrui. Mais cela prouve seulement que le Sénat ne redoutait pas ce mode d'*intercessio* qui n'était guère usité à notre connaissance que dans les cas où il était impossible ou peu pratique de remettre la possession au créancier : produits présents ou à venir d'une forêt (CASS. ap. PAUL., *D.*, XIII, 7, 18, 3), meubles d'un locataire (PROC. ap. PAUL., *D.*, XX, 4, 13). L'existence de l'action quasi-Servienne au milieu du Ier siècle résulte du texte précité de Cassius. Au début du IIe siècle, Celsus en signale une application relative à un esclave qui a été l'objet d'un abandon noxal (ULP., *D.*, XLVI, 3, 69).

(4) Cf. LABBÉ sur Ortolan, III, 929.

(5) GAIUS, *D.*, IX, 4, 30; XXXIX, 2, 19 pr. Les textes rapprochent l'hypothèque de l'usufruit. Tous deux sont des droits réels temporaires; ils comportent le terme suspensif ou extinctif (ULP., *D.*, XX, 6, 6; PAUL., *D.*, VII, 1, 4); ils s'appliquent à

qui ont acquis, à une date postérieure, un droit réel quelconque sur la chose hypothéquée (1).

L'hypothèque est un droit accessoire : elle suppose l'existence d'une créance à garantir. Cette créance peut être civile ou naturelle, pure et simple ou à terme, conditionnelle ou future (2). Si elle est nulle ou susceptible d'être paralysée par une exception péremptoire, l'hypothèque est inefficace (3). L'hypothèque garantit les accessoires de la créance aussi bien que le principal (4).

2. Objet. — Tant que l'hypothèque ne conféra d'autre droit que celui de se mettre en possession, elle eut pour objet exclusif une chose corporelle, meuble ou immeuble. Lorsque, plus tard, elle conféra le droit de vente, sa portée fut élargie ; elle peut avoir pour objet toute chose susceptible d'être vendue (5) : une servitude rurale de passage ou d'aqueduc (6), mais non une servitude urbaine (7); un usufruit (8) ; un droit de superficie; un *jus in agro vectigali*; une créance (*pignus nominis*) ou même une hypothèque (*pignus pignoris*).

L'hypothèque est générale ou spéciale, suivant qu'elle porte sur une chose isolée ou sur une *universitas rerum* (9). Il était d'usage de joindre à la convention affectant certains biens à la sûreté d'un créancier une clause d'hypothèque générale (10). Sous Justinien, l'hypothèque générale s'applique aux biens présents et à venir (11).

L'hypothèque spéciale offrait peu de sécurité dans les régions où le créancier n'avait aucun moyen de s'assurer que la chose était la propriété du constituant et n'était pas déjà grevée d'une première hypothèque. Il en était autrement en Égypte, où existait un système de publicité pour les droits réels immobiliers (12). Sous le haut Empire,

des meubles, des immeubles ou des créances. Voir d'autres analogies quant au legs d'une chose grevée d'un usufruit ou d'une hypothèque (Pap., *D.*, XXXI, 76, 2; 66, 6), à l'usucapion (Pap., *D.*, XLI, 3, 44, 5; Ulp., *D.*, VII, 1, 17, 2), et une différence pour l'abandon noxal (p. 595, 6).

(1) Il n'est pas nécessaire qu'ils aient traité avec le débiteur : l'hypothèque est opposable au possesseur qui a usucapé (p. 289).

(2) P. 125, 1. Est nulle l'hypothèque conférée par un héritier au père pour garantir le legs conditionnel fait au fils de famille, si la condition se réalise après le décès du père ou l'émancipation du fils. Paul. *h. t.*, 28. Cf. p. 780, 1.

(3) Marc., *D*, XX, 1, 5 pr. Ulp., *D.*, XIII, 7, 11, 3.

(4) Ulp , *D* , XIII, 7, 8, 5.

(5) Gaius, *D.*, XX, 1, 9, 1. Constantin défendit d'hypothéquer les esclaves et les bœufs de labour : *C.*, VIII, 16, 7 pr. C civ. 2119 n'admet pas l'hypothèque des meubles. Seuls les navires peuvent être hypothéqués.

(6) Pomp., ap. Paul. *D.*, XX, 1, 12 : *Propter utilitatem contrahentium admittenda est*. Le créancier hypothécaire pourra, en vertu d'un pacte spécial, user de la servitude s'il a un fonds voisin, puis faute de payement à l'échéance la vendre à un tiers. C'est une extension du droit reconnu au titulaire d'une servitude de puisage ou d'aqueduc d'accorder à des voisins la faculté de prendre de l'eau chez lui. Afr. *D.*, VIII, 3, 33, 1.

(7) Marc., *h. t.*, 11, 3. Cette servitude ne pouvant être utile qu'à un très petit nombre de personnes, parfois à une seule, ne pourrait donner lieu à des enchères sérieuses.

(8) Pap., ap. Marc., *h. t.*, 11, 2. Jav. *D.* XXII, 1, 49. Cf. C. civ. 2118, 2°.

(9) Scæv., *h. t.*, 34 pr.

(10) Gaius, *h. t.*, 15, 1; Ulp., 6. Cf. C. civ. 2129, 2130, qui consacrent le principe de la spécialité de l'hypothèque.

(11) *C.*, VIII, 16, 9. On excepte quelques objets (*ibid.*, 1).

(12) *P. Oxy.*, 237 de l'an 186, cité p. 270, rapporte un édit de l'an 89 où le préfet M. Mettius Rufus se plaint de ce qu'on néglige depuis longtemps d'inscrire les droits

comme en droit moderne, les actes constitutifs d'hypothèque devaient être rendus publics (1); ils étaient notifiés au bureau des archives de la propriété, où les personnes intéressées pouvaient en prendre connaissance (2).

§ 3. **Constitution de l'hypothèque.** — A l'époque classique, l'hypothèque s'établit de deux manières : par un simple pacte ou par la loi. Au Bas-Empire, il y a un troisième mode : le testament.

1. HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE. — La simple convention suffit pour constituer une hypothèque (3) : aucune forme n'est requise. Il est d'usage de constater par écrit la constitution d'hypothèque pour en faciliter la preuve et pour en fixer la date (4). La convention peut être tacite : elle résulte de la remise au créancier des titres de propriété. On dit que l'hypothèque se forme ici *cautione* (5).

L'hypothèque, droit accessoire, ne peut être établie qu'au profit du créancier (6). Consentie à un mandataire ou à un tuteur, elle n'est pas acquise de plein droit au mandant ou au pupille (7). Il en est autrement sous Justinien (8).

L'hypothèque doit en principe être consentie par le propriétaire : il suffit qu'il ait la chose *in bonis*, mais il faut qu'il soit capable d'aliéner (9). L'hypothèque de la chose d'autrui est permise soit de la part d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires, soit sous la condition que la chose deviendra plus tard la propriété du constituant (10). Peuvent aussi hypothéquer, sous réserve du droit du propriétaire au *solarium* ou au *vectigal*, le superficiaire et le fermier de l'*ager vectigalis*.

2. HYPOTHÈQUE LÉGALE. — La coutume ou la loi confèrent une hypothèque à certains créanciers : au locateur d'un fonds urbain sur les meubles de son locataire (p. 16, 4), au bailleur d'un fonds rural sur les fruits (11), au capitaliste qui a prêté de l'argent pour reconstruire une maison (12), au pupille sur les biens achetés de ses deniers par son

réels conformément aux anciens règlements. Cf. C. civ., 2146. — En Grèce, l'usage de placer sur les fonds hypothéqués des stèles avec inscriptions hypothécaires est tombé de bonne heure en désuétude, sans doute lorsqu'on eut créé des dépôts d'archives pour les actes privés. Cf. E. CAILLEMER, *Dict. Antiq.*, v° *Horos*, III, 265.

(1) Il en était de même dans certaines cités grecques. Cf. Ed. CUQ, v° HYPOTHECA (*Dict. Antiq.*, III, 356, n. 4-8).

(2) La règle de la publicité a été appliquée, sous certaines conditions, aux créances chirographaires. *P. Lond.*, III, n° 1157, v°. Cf. Ed. CUQ, *N. R. H.*, 1908, XXXII. 285

(3) ULP., *D.*, XIII, 7, 11 pr. La convention peut être tacite : MOD., *D.*, XX, 1, 26 pr. — C. civ. 2127 exige un acte authentique.

(4) GAIUS, *h. t.*, 4 ; XXII, 4, 4.

(5) SEV., CAR., *C.* VIII, 16, 2 ; DIOCL., *C.*, VIII, 23, 7.

(6) TRYPH., *h. t.*, 33

(7) ULP. *D.*, XIII, 7, 11, 6. La convention d'hypothèque peut être conclue avec un mandataire spécial ou un gérant d'affaires. ULP., *h. t.*, 21 pr. JOURDAN, *L'hypothèque*, 1876, p. 354.

(8) *C.*, IV, 27, 3.

(9) GAIUS, *h. t.*, 15, 1. Le conjoint donataire ne peut hypothéquer le bien donné. (PAP., *h. t.*, 1, 4).

(10) PAUL, *D.*, XIII, 7, 20 pr ; MARC., *h. t.*, 16, 1 et 7. Dans tout autre cas, l'hypothèque est nulle d'après Paul (*D.*, XIII, 7, 41). Mais d'après Modestin (*h. t.*, 22), la nullité est couverte si le constituant acquiert ultérieurement la propriété et si le créancier l'a cru autorisé à constituer l'hypothèque. Cf. JOURDAN, 373.

(11) POMP., *D.*, XX, 2, 7.

(12) Sc. du règne de Marc-Aurèle : PAP., *eod.*, 1.

tuteur ou par un tiers (1). Ces hypothèques sont spéciales et se justifient soit par l'idée d'une convention tacite, soit par une raison d'intérêt public. Il y a aussi des hypothèques générales au profit du fisc sur les biens de ceux qui contractent avec lui, et sur les biens des contribuables pour assurer le recouvrement des impôts directs (2).

Sous Justinien, il y a un assez grand nombre d'hypothèques légales. On les a accordées soit aux personnes incapables de se protéger elles-mêmes (mineurs, femmes mariées, aliénés, fils de famille) (3), soit à des personnes dont les intérêts auraient pu être sauvegardés par les moyens ordinaires : au mari pour assurer le payement de sa dot, au légataire sur les biens de succession (4).

3. Hypothèque testamentaire. — Pendant longtemps il n'y eut pas de moyen juridique de constituer une hypothèque par acte de dernière volonté : le legs *per vindicationem* ne s'applique qu'aux droits consacrés par le *jus civile;* les legs *per damnationem* et *sinendi modo* ne confèrent que des droits de créance; les legs *per præceptionem* autorisent un simple prélèvement.

Au IIIe siècle, des nécessités pratiques déterminèrent la jurisprudence à donner effet aux dispositions prises par le *de cujus* pour assurer l'exécution de ses volontés (5) : elle décida que la clause qui affecte un fonds ou tout autre objet à la garantie d'un legs de rente viagère, vaudrait comme fidéicommis et donnerait lieu à un envoi en possession à titre conservatoire (6). Cet envoi en possession était opposable non seulement au grevé, mais aussi à toute personne qui, lors de l'acquisition de la chose, avait connaissance du fidéicommis. Le droit du fidéicommissaire n'est donc pas, comme le droit d'hypothèque, opposable à tout tiers détenteur : c'est un *velut pignus* (7). Cette réserve a disparu au Bas-Empire : l'hypothèque peut être directement établie par testament (8).

§ 4. **Extinction de l'hypothèque.** — L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ou par voie principale : par voie de conséquence, dans tous les cas où le créancier a reçu son payement ou une satisfaction équivalente (9); par voie principale, dans une série d'hypothèses telles

(1) Sev., Car., *C.*, VII, 8, 6.
(2) Car., *C.*, VIII, 15, 1-2. Cf. Ed. Cuq, v° Hypotheca (*Dict. Antiq.*, III, 362).
(3) Just., *C.*, V, 70, 7, 5; V, 9, 8, 3-4.
(4) *C.*, V, 13, 1, 1 b; VI, 43, 1, 2. On a voulu dispenser le testateur de constituer une hypothèque testamentaire, le mari de recourir à une mesure de défiance bien délicate à prendre, à la veille du mariage. Théodose Ier avait défendu de cautionner les dots (*C.*, V, 20, 1; Just., *eod.*, 2), contrairement au droit classique. Gaius, III, 125.
(5) Cette innovation fut admise en cas de legs de rente viagère ou de pension alimentaire : ici la garantie des cautions était insuffisante, car il s'agissait de prestations à fournir pendant un nombre plus ou moins grand d'années. Ne pouvant léguer l'hypothèque, le testateur léguait la propriété d'un fonds dont les revenus procuraient au légataire des moyens d'existence (*fundus ad alimenta relictus*). Ulp., *D.*, II, 15, 8, 15. Mod., *D.*, XXXIV, 1, 4. Ce procédé n'était satisfaisant ni pour les légataires qui couraient les chances d'une mauvaise récolte, ni pour l'héritier qui était définitivement privé du fonds.
(6) Pap., *D.*, XXXIII, 1, 9. Cf. Paul., *D.*, XXXIV, 1, 12.
(7) *C.*, VI, 54, 3. Ulp., *D.*, XIII, 7, 26 pr.
(8) *C.*, VI, 43, 1 : *Hoc jure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento... dare.*
(9) Ulp., *D.*, XX, 6, 6 pr. Cf. C. civ. 2180.

que la vente de la chose par un créancier antérieur (1), la renonciation expresse ou tacite (2), la *præscriptio longæ possessionis* (p. 289), mais non l'usucapion (3); la prescription extinctive (p. 636).

§ 5. **Effets de l'hypothèque.** — Au début de l'Empire, l'hypothèque d'une chose corporelle confère au créancier un droit unique, le droit de posséder la chose, faute de payement à l'échéance. Au IIIe siècle, elle confère un second droit, le droit de vente. L'hypothèque d'une chose incorporelle produit des effets spéciaux qui seront indiqués séparément.

1. Droit a la possession. — Ce droit, qu'on ne peut faire valoir qu'après l'échéance, est sanctionné par l'action quasi-Servienne. Cette action est réelle, *in factum*, arbitraire : *a)* Elle se donne soit contre le constituant, soit contre les tiers détenteurs, et même contre ceux qui, par dol, ont cessé de posséder (4). *b)* Le juge a trois faits à vérifier : s'il existe un pacte d'hypothèque, si le constituant avait la chose *in bonis* lors de l'établissement de l'hypothèque, si le créancier n'a pas reçu son payement ou une satisfaction équivalente (5). *c)* La clause arbitraire confère au juge le pouvoir d'inviter le défendeur à restituer la chose et, à défaut, de le condamner à en payer la valeur intégrale. Le détenteur a la faculté d'arrêter les poursuites en payant la dette, mais on ne peut l'y forcer (6). S'il se laisse condamner et que le montant de la condamnation dépasse le chiffre de la dette, le créancier remettra l'excédent au débiteur ou aux créanciers hypothécaires postérieurs. Lorsque l'action est intentée contre le débiteur, la condamnation est limitée au montant de la dette : il ne serait pas raisonnable de lui demander une somme supérieure qu'il aurait le droit de se faire restituer (7).

Le défendeur à l'action hypothécaire peut opposer diverses exceptions (8). Il peut alléguer : qu'il a une hypothèque antérieure *(exceptio rei sibi [ante] pigneratæ)* (9); — qu'il possède un bien grevé d'une hypothèque générale, tandis que le demandeur a une hypothèque spéciale et une hypothèque générale : si, dans ce cas, les biens grevés de l'hypothèque spéciale suffisent pour désintéresser le demandeur, Sévère et Caracalla défendent de toucher aux biens grevés de l'hypothèque générale. Dioclétien a étendu cette règle au cas où les biens grevés de l'hypothèque spéciale sont insuffisants : on ne peut s'attaquer aux

(1) Paul. II, 13, 4 et 8; Diocl., *C.*, VIII, 27, 15.
(2) Car., *C.*, VIII, 25, 2. Il y a renonciation tacite lorsque le créancier restitue la chose au constituant, ou donne son assentiment à la vente faite par le débiteur (Diocl., *eod.*, 9; Gaius, *D.*, XX, 6, 7 pr.; Ulp., *eod.* 4, 1); de même lorsque avant la vente les créanciers ont été invités publiquement à se faire connaître et que l'un d'eux, bien que présent, a négligé de se présenter (Diocl., *eod.*, 6.)
(3) Pap., *D.*, XLI, 3, 44, 5 : *Persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii conjungitur sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.*
(4) Marc., *h. t.*, 16, 3. Cf. sur le droit de suite, C. civ. 2114, 3°; 2166.
(5) Marc., *D.*, XXII, 3, 23; *h. t.*, 16, 3-6; Gaius, *h. t.*, 15, 1; Ulp., *D.*, XX, 6, 6.
(6) Marc., *h. t.*, 16, 3-4; 16, 6; XX, 4, 12, 1; *Inst.*, IV, 6, 31. Sur la rédaction de la clause arbitraire, cf. Lenel, II, 243.
(7) Ulp., *h. t.*, 21, 3; Gaius, IV, 51; Paul, *D.*, XX, 6, 12, 1.
(8) Voir la liste des principales exceptions dans Lenel, II, 244, 6.
(9) Ulp., *h. t.*, 10. Marc., *D.*, XX, 4, 12 pr.

autres que pour le surplus (1). C'est le *beneficium excussionis* réel des modernes. Justinien (*Nov.* 4, c. 2) a introduit un bénéfice de discussion personnel : le créancier doit s'adresser d'abord à ceux qui sont tenus personnellement de la dette, au débiteur et aux cautions ; il ne peut agir contre les tiers détenteurs que s'il n'a pas été intégralement payé. — Le tiers détenteur peut aussi se défendre par une exception de dol, soit pour se faire tenir compte des impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites de bonne foi (2), soit pour obtenir du créancier la cession de ses actions (3).

a) Avantages que procure la possession. — Le créancier a le droit de retenir la chose jusqu'à parfait payement (4). Ce droit n'est modifié ni par un payement partiel, ni par la division de la chose hypothéquée : l'hypothèque est indivisible (5). Par une faveur spéciale, Gordien autorisa le créancier qui est en possession à retenir la chose pour assurer le payement des dettes chirographaires dont le constituant est tenu envers lui ; mais ce droit n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs (6).

Le créancier hypothécaire, qui s'est fait mettre en possession, a comme le créancier gagiste les interdits possessoires. Il peut user et jouir de la chose, à moins qu'elle ne soit à l'usage personnel du constituant (7). Il perçoit les fruits ou les intérêts, à charge d'en imputer la valeur sur les intérêts qui lui sont dus et subsidiairement sur le capital (8).

De son côté, le créancier gagiste peut, comme le créancier hypothécaire, exercer l'action quasi-Servienne, mais ici la condamnation ne saurait être subordonnée au défaut de payement ou de satisfaction, car le gagiste a droit à la possession avant l'échéance.

b) Rapports que la prise de possession fait naître entre le créancier et le constituant. — Ces rapports sont analogues à ceux qui résultent du contrat de gage et sanctionnés de la même manière (9). Le créancier est obligé de conserver la chose comme un bon père de famille, de la rendre après payement ou de remettre le reliquat du prix s'il y a eu vente (10). Le débiteur est responsable de sa faute ou de son dol ; il doit indemniser le créancier des impenses nécessaires (11). L'hypothèque se distingue à cet égard des droits réels civils qui ne consistent jamais *in faciendo* ; la combinaison du droit réel et du droit de créance apparaît ici très nettement.

(1) Sev., Car., *C.*, VIII, 13, 2. Diocl., VIII, 23, 9. Cf. C. civ. 2170.
(2) Afr., *D.*, XXXIX, 2, 44, 1 ; Paul, *h. t.*, 29, 2.
(3) Scæv., *D.*, XX, 4, 19. Cette cession permet au défendeur soit de se faire rembourser par les cautions, soit d'écarter les créanciers postérieurs.
(4) Mod., *D.*, XX, 1, 25.
(5) Pomp., *D.*, XIII, 7, 8, 2 ; Paul, *D.*, XLV, 1, 85, 6 ; Diocl., *C.* VIII, 31, 2.
(6) *C.*, VIII, 26, 1, 2-3. Gordien s'est borné à donner force de loi à une clause usitée en Egypte et dont on a un exemple de l'an 181 : *P. Leipzig*, 10, en fait l'application au cas où le créancier a la possession à titre d'antichrèse.
(7) Gaius, *D.*, XLVII, 2, 54 pr. Sauf convention contraire : Pap., *D.*, XXXIII, 10, 9, 2.
(8) *C.*, V, 24, 1-3. On peut convenir que la jouissance de la chose tiendra lieu d'intérêts : cette convention aléatoire porte le nom d'*antichrèse* (p. 451).
(9) Marc., *D.*, XX, 5, 7 pr. ; Alex., *C.*, IV, 24, 4 ; Gord., *eod.*, 7.
(10) Ulp., *eod.*, *D.*, XIII, 7, 9, 3 ; Pomp., *eod.*, 6, 1 ; Paul, *eod.*, 7.
(11) Paul, *eod.*, 14. Ulp., *eod.*, 13, 1 ; 1, 2 ; 9 pr. ; 25. Pomp., *eod.*, 8 pr.

2. Droit de vente. — Le *jus possidendi* n'assure pas directement le payement de la dette : c'est plutôt un moyen de pression sur le débiteur; on espère que, privé de sa chose, il aura à cœur de se procurer l'argent nécessaire pour la dégager (1). La pratique a imaginé deux moyens de donner satisfaction au créancier : la *lex commissoria*, le *pactum de distrahendo*.

La *lex commissoria* est une clause jointe au pacte d'hypothèque et qui attribue au créancier non payé la propriété de l'objet hypothéqué Il l'acquiert, à titre d'achat, soit pour un prix qui sera fixé par une estimation faite à l'échéance (2), soit pour un prix égal au montant de la créance et des intérêts. Cette dernière clause, conforme à la conception grecque de l'hypothèque, était dangereuse pour le débiteur qui ne peut pas mesurer la portée de son engagement; elle a été prohibée par Constantin (3).

Bien préférable est le *pactum de distrahendo* : le créancier est autorisé à vendre la chose; il impute sur le prix la somme qui lui est due et restitue l'excédent s'il y en a (4). Réciproquement, si le prix est insuffisant à le désintéresser, il conserve le droit de réclamer au débiteur le reliquat (5). L'usage de ce pacte n'est pas moins avantageux au débiteur : il lui fournit le moyen de profiter, s'il y a lieu, de la différence entre le prix de vente et le montant de sa dette (6), d'hypothéquer sa chose à deux ou plusieurs personnes.

Le pacte *de distrahendo*, qui donne satisfaction au créancier en ménageant le débiteur (7), devint peu à peu une clause de style (8) : on

(1) En Chaldée, au VIe siècle *a. C.*, le gage est un mode de satisfaction : il confère le *jus fruendi*; il procure au créancier le moyen d'obtenir le payement des intérêts, parfois même du capital. Il a toujours pour objet une chose frugifère (champ, maison, créance, gage antérieur), ou les services d'une personne (esclave, fils de famille) Il peut être renforcé par un cautionnement. Cf Ed Cuq, *Le droit de gage en Chaldée*, à l'époque néo-babylonienne (*Revue d'assyriologie*, 1915, XII, 85-113).

(2) Sév., Car., ap. Marc., *h. t.*, 16, 9. Est valable le pacte par lequel un débiteur, qui a donné pour garantie d'un prêt d'argent des gages et un fidejusseur promet à la caution de la libérer dans 3 ans, sinon, il lui vend les fonds engagés au créancier. Il y a ici une vente conditionnelle pour un prix déterminé (Scæv., *D.*, XVIII, 1, 81 pr.) : aucune *captio* n'est possible.

(3) *Vat fr.*, 9; *C.*, VIII, 34, 3 Cf. C. civ. 2078, 2°. Cette clause était au IIe siècle usitée en Syrie et en Égypte. Scæv., *D.*, XXXII, 101 pr ; P. Florence, 1. Cf p. 650, 9, Mitteis, *Reichsrecht*, 441 Manigk, *op. cit.*, 33 Costa, *Storia*, 297.

(4) L'usage de ce pacte a été étendu à la fiducie. Il a pour effet, non pas de conférer au créancier un droit qu'il a déjà en qualité de propriétaire, mais de réglementer l'exercice de ce droit. D'après la table de Bétique (*CIL.*, II, 5042), le créancier est tenu de vendre au comptant (*præsenti pecunia*) Cf Paul, II, 13, 1.

(5) C'est une conséquence de la conception romaine de l'hypothèque Pour en assurer l'application dans les provinces grecques, on joignait au pacte *de distrahendo* une clause réservant au créancier le droit de réclamer, le cas échéant, le reliquat. (Pomp., ap. Paul., *D.*, XX, 5, 9, 1; *P. Berlin*, 741, l. 27-30 de l'an 143/4). Cette clause était encore usitée vers la fin du IIe siècle (Scæv., *D.*, XLVI, 1, 63). Au temps des Sévères, Paul la déclare superflue (*loc. cit.*). Mais cette opinion n'avait pas prévalu à la fin du IIIe siècle, Dioclétien a dû la confirmer (*C.*, VIII, 27, 9; IV, 10, 20; 14.

(6) Pap., *D.*, XIII, 7, 42; Ulp., *h. t.*, 21, 3.

(7) Au Ier siècle, à défaut de pacte, le créancier ne peut vendre sans commettre un vol : Jav., *D.*, XLVII, 2, 74.

(8) Dans le principe, ce pacte devait être fait *in continenti*. Au IIIe siècle, cela est indifférent, car le droit de vente est alors de la nature de l'hypothèque (Ulp., *D.*, XIII, 7, 4).

finit par le sous-entendre. Au IIIe siècle, le droit de vente appartient, sauf convention contraire, à tout créancier hypothécaire (1). Sous Justinien, ce droit est un attribut essentiel de l'hypothèque : la clause contraire n'a d'autre effet que de forcer le créancier à faire trois sommations au constituant (2). La vente ne peut en aucun cas avoir lieu moins de 2 ans après la sommation (3). Ce délai était peu favorable au crédit, mais les parties avaient la faculté de régler elles-mêmes les conditions de la vente.

L'attribution au créancier hypothécaire du droit de vente fut un progrès au point de vue théorique : la fonction de l'hypothèque peut désormais être réalisée directement ; le créancier a le moyen de se faire payer. Au point de vue pratique, la transformation d'un droit conventionnel en un droit consacré par la loi améliora la situation du créancier : au lieu d'agir comme mandataire du constituant, il exerce un droit propre (4) qui n'est pas soumis aux chances d'extinction du mandat. Le créancier peut vendre, quand bon lui semble (5), contre la volonté ou après la mort du constituant, après même que le débiteur a aliéné la chose hypothéquée. Il lui suffit d'annoncer publiquement la vente *(proscribere)* et de notifier son intention au débiteur (6). Le créancier doit livrer la chose à l'acheteur ou lui céder son action hypothécaire pour obtenir la possession (7).

Si la vente ne donne pas de résultat (8), le créancier peut demander à l'empereur (9) de lui attribuer la propriété de la chose *(dominii impetratio)* (10). Le débiteur a un délai d'un an pour désintéresser le créancier et reprendre sa chose, sinon le créancier devient définitivement

(1) Gord., *C.*, VIII, 27, 7. L'usage du pacte n'en a pas moins persisté, même au temps de Justinien : édit IX, c. 4.

(2) *C.*, VIII, 33, 3, 1. Paul, II. 5, 1.

(3) Cf. Ulp., *l. c.*, dont la fin est interpolée. Au IIIe siècle, les trois sommations n'étaient exigées qu'à défaut de pacte. Paul, II, 1, 5.

(4) Pap., *D.*, XIII, 7, 42 : *In venditione... suum creditor negotium gerit.* Ulp., *D.* XXVII, 9, 7, 1 : *jus suum exsequitur.* Paul, *D.*, XX, 5, 13.

(5) Mod., *D.*, XX, 5, 8. En cas de pacte *de distrahendo*, Atilicinus était d'avis que le créancier pouvait être forcé de vendre dans l'intérêt du constituant (ap. Pomp., *D.*, XIII, 7, 6 pr.)

(6) Alex., *C.*, VIII, 27, 4. Le créancier hypothécaire n'est pas garant de l'éviction : la bonne foi l'oblige seulement à garantir qu'il a le droit de vendre en raison du rang de son hypothèque, et à s'abstenir de tout dol (Alex., *C.*, VIII, 45, 1 ; Gord., *eod.*, 2). Dans tout autre cas, l'acheteur n'a de recours que contre le débiteur qui a été libéré par son fait. On fut assez embarrassé pour déterminer l'action à exercer. Ulpien (*D.*, XXI, 2, 38) oblige le créancier vendeur à céder son action contre le débiteur, comme si cette action n'avait pas été éteinte par le payement. Tryph. (*D.*, XX, 5, 12, 1) donne contre le débiteur une action utile de gestion d'affaires bien que le gérant n'ait pas eu l'intention de faire l'affaire d'autrui. Herm. (*D.*, XXI, 2, 74, 1), donne simplement l'action *ex empto utilis* contre le débiteur. Cf. Jourdan, 540.

(7) Paul, *D.*, XX, 5, 13.

(8) Le débiteur n'est pas admis à acheter sa propre chose : on ne veut pas qu'il tente de se libérer en l'achetant au-dessous de sa valeur. Pap., *D.*, XIII, 7, 40 pr.

(9) D'après Lenel (*Sav. Z.*, III, 104), suivi par Girard (777, 1), un usage analogue aurait été appliqué à la fiducie. Le créancier qui ne trouve pas d'acheteur, a, dit-on, intérêt à obtenir l'autorisation de garder pour lui la chose. Mais cette conjecture n'est appuyée sur aucun texte. On allègue Ulp., *D.*, XIII, 7, 24 pr. où les compilateurs auraient substitué *pignus* à *fiduciam* : mais le texte ne contient aucun indice d'interpolation. Cf. Manigk, v° *hyperocha*.

(10) Alex., C., VIII, 33, 1. Le créancier ne peut, lors de la vente, se porter

propriétaire. Cette règle a été modifiée par Justinien : il prescrit d'estimer la chose ; si la valeur est inférieure à la somme due, le créancier conserve son action personnelle pour l'excédent ; si elle est supérieure, le débiteur garde une quote-part de la propriété. Le délai accordé pour payer est porté à 2 ans.

3. Effets de l'hypothèque d'une chose incorporelle. — Il ne saurait être ici question du *jus possidendi*, mais seulement du *jus distrahendi*. Le droit de vente appartient au créancier qui a hypothèque sur une servitude rurale, sur un usufruit, une superficie, un *jus in agro vectigali* ; mais dans le premier cas, la vente ne peut être consentie qu'au profit d'un voisin.

Le *pignus nominis* confère un double droit : *a*) celui d'exiger le payement à l'échéance. Le créancier hypothécaire est assimilé à un cessionnaire de créance ; il peut exercer comme actions utiles les actions du cédant dans la mesure de ce qui lui est dû à lui-même ; il compensera la somme touchée avec celle qui lui est due. Si la créance a pour objet un corps certain, ce corps lui servira de garantie jusqu'à ce qu'on l'ait payé (1) ; *b*) celui de vendre la créance et de se payer sur le prix (2).

Le *pignus pignoris* donne au créancier le droit de faire valoir l'action hypothécaire de son débiteur ; il lui donne également, d'après l'opinion générale, le droit d'exercer son action personnelle comme un cessionnaire de créance (3) : le *pignus pignoris* renferme un *pignus nominis* (4).

§ 6. Pluralité d'hypothèques. — L'un des avantages que présente l'hypothèque par rapport au gage est de permettre au débiteur d'affecter une même chose à la sûreté de plusieurs dettes (5). Mais les créanciers, qui ont obtenu successivement une hypothèque sur cette chose, n'ont pas des droits égaux (6) : l'hypothèque étant un droit réel, le

acquéreur ni directement (Diocl., *C.* VIII, 27, 10), ni par personne interposée (*C.*, VIII, 33, 3).

(1) Paul, *D.*, XIII, 7, 18 pr. ; Alex., *C.*, VIII, 16, 4. Cf. Lenel, II, 244, 3.

(2) Diocl., *C.*, IV, 39, 7.

(3) Marc., *h. t.*, 13, 2 ; Gord., *C.*, VIII, 23, 1 ; Scæv., *D.*, XLIV, 3, 14, 3, cf. Jourdan, 292.

(4) C'est un point contesté. D'après Huschke (*Giesz. Zeits.*, XX, 221), Brinz (*Pand.*, I, 83), Girard (820, 2), le *pignus pignoris* aurait pour objet l'hypothèque sans la créance ; le créancier ne pourrait donc pas exercer l'action personnelle de son débiteur. Cette opinion méconnaît le caractère accessoire de l'hypothèque : elle met le créancier à la merci de son débiteur qui peut exiger le payement et réduire à néant la sûreté qu'il a concédée. On objecte que, dans notre manière de voir, le *pignus pignoris* ne se distingue pas nettement du *pignus nominis*. Mais rien ne prouve que les Romains aient vu dans le *pignus pignoris* une convention essentiellement distincte du *pignus nominis* ; ils appellent *pignus pignoris* la convention qui a pour objet l'hypothèque d'une créance garantie par une hypothèque : l'attention des parties se porte ici plutôt sur la garantie que sur la créance.

(5) La constitution d'une seconde hypothèque était vraisemblablement admise à la fin du Ier siècle : Paul en parle dans son livre sur Plautius (*D.*, XX, 4, 14). Elle est très rare en Grèce (ex. dans l'Attique et à Éphèse en 84 *a. C.* : *Inscr. jur. gr.* I, 108, 131 ; 33). Dans les papyrus de l'Égypte romaine, il n'est jamais question d'une seconde hypothèque. Lorsque l'immeuble que l'on offrait en garantie avait une valeur supérieure à celle de la créance, on hypothéquait une fraction de la maison ou de la terre. Le débiteur conservait le droit d'hypothéquer les autres fractions ; mais chaque créancier hypothécaire avait, sur sa fraction, un droit exclusif (*P. Oxy.*, 339 ; *P. Lond.*, II, p. 217 ; *P. Berlin*, 970. Cf. Manot, *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 303).

(6) Il en serait autrement si les hypothèques avaient été constituées en même temps avec solidarité (Ulp., *h. t.*, 10). A défaut de solidarité, chaque créancier a un

débiteur ne peut, par un acte ultérieur, porter atteinte au droit qu'il a déjà concédé. Entre plusieurs créanciers hypothécaires, le premier en date a le droit le plus fort : *prior tempore, potior jure* (1). La priorité s'établit par témoins ou par écrit (2).

L'importance attribuée à la priorité donne lieu à trois questions, successivement résolues par la jurisprudence : Peut-on céder son rang d'hypothèque *(successio in locum)?* Un créancier postérieur peut-il prendre la place d'un créancier antérieur en offrant de le désintéresser *(jus offerendæ pecuniæ)* ? Les créanciers postérieurs ont-ils un droit actuel ou conditionnel?

1. *Successio in locum.* — Il y a *successio in locum* lorsqu'on prend la place d'un créancier hypothécaire pour jouir des avantages attachés à son rang d'hypothèque. C'est un bénéfice de bonne heure consacré par la jurisprudence et qui donne à l'hypothèque une souplesse conforme aux exigences de la pratique. L'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut être détachée de la créance qu'elle garantit pour être rattachée à une créance nouvelle ; mais on peut attribuer à un créancier postérieur le rang d'un créancier antérieur, le substituer à ce créancier dans l'exercice du droit hypothécaire. Cette solution ingénieuse fut proposée sous Trajan par Ariston et admise au profit du prêteur dont l'argent a servi à payer un créancier hypothécaire (3). Elle est subordonnée à la condition que le prêteur ait obtenu une hypothèque sur la chose (4) : cette condition est nécessaire, car la *successio in locum* n'entraîne qu'une cession d'antériorité. Une cession d'hypothèque est impossible : l'hypothèque ne peut survivre à la créance qu'elle garantit et que le payement a éteinte. La cession d'antériorité est un tempérament d'équité dont les créanciers ne peuvent se plaindre, car leur situation n'est en rien modifiée (5).

droit proportionnel au montant de sa créance (Pap., *D.*, XLVI, 3, 96, 3; Marc, *h. t.*, 16, 8) ou au nombre des créanciers (Paul, *D.*, XIII, 7, 20, 1; Ulp., *cit.*).

(1) Car., *C.*, VIII, 17, 4. Cette règle s'applique si la première hypothèque a été constituée pour sûreté d'une dette conditionnelle et que la condition se soit réalisée. Lorsque la dette est future, on doit rechercher si les parties ont entendu se lier actuellement. Gaius, *D.*, XX, 4, 11 pr., 1; Pap., *eod.*, 1 pr.; Paul, *D.*, XII, 1, 30. Cf. p. 125, 1.

(2) Gaius, *h. t.*, 4. Pour éviter une antidate, Léon décida en 472 qu'une hypothèque constatée par un acte public ou devant trois témoins, serait préférée à celle qui serait constatée par un acte sous-seing privé même antérieur en date. (*C.*, VIII, 17, 11). Cf. C. civ. 2134.

(3) Le bénéfice de la *successio in locum* a été étendu : 1° au créancier hypothécaire qui a consenti à une novation par changement de débiteur, lorsqu'il est convenu que la chose restera hypothéquée pour la nouvelle obligation (Pap., *eod.*, 3 pr.; Marc., *eod.*, 12, 5); 2° à l'acheteur d'un immeuble hypothéqué, lorsque son argent a servi à payer le premier créancier (Paul, *eod.*, 17). Si les jurisconsultes classiques avaient été de purs logiciens, ils auraient ici exclu la *successio in locum :* l'acheteur, devenu propriétaire, ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose. L'équité l'a emporté sur la rigueur des principes.

(4) Ap. Paul, *D.*, XX, 3, 3; Car., *C.*, VIII, 19, 1. Cf. une application analogue dans Pap., ap. Marc., *D.*, XX, 4, 12, 9.

(5) Il ne faut pas confondre la *successio in locum* avec le bénéfice de cession d'actions qui est accordé à la caution ou au tiers détenteur d'une chose hypothéquée. Deux faits le prouvent : *a*) le bénéfice de cession d'actions doit être demandé sous forme d'exception de dol; la *successio in locum* a lieu de plein droit; *b*) la cession d'actions peut avoir lieu au profit d'un créancier chirographaire; la *successio in locum* n'est admise qu'au profit de ceux qui ont une hypothèque ou un droit de propriété

2. *Jus offerendi.* — C'est le droit reconnu à tout créancier hypothécaire d'un rang inférieur, d'offrir et d'imposer à un créancier antérieur (1) le payement de ce qui lui est dû. Celui à qui l'offre est adressée ne peut la décliner sous peine d'être déchu du droit d'exercer l'action quasi-Servienne. Le *jus offerendi* a été admis au temps de Gaius pour améliorer la situation des créanciers postérieurs : il a paru inique de les laisser à la merci du premier créancier, et l'on a pu leur accorder une prérogative très importante en s'appuyant sur les termes de la formule insérée dans l'Édit. Pour obtenir gain de cause, il faut qu'il n'ait pas dépendu du demandeur de recevoir son payement : or, ici, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il n'est pas payé (2). — L'offre doit être suivie de consignation : à cette condition, le créancier postérieur est mis aux lieu et place du premier créancier (3) ; c'est une nouvelle application de la *successio in locum.*

3. Droit des créanciers postérieurs. — Le droit du second créancier fut d'abord considéré comme un droit conditionnel subordonné à l'extinction de la première hypothèque (4), ou plus ordinairement comme un droit actuel à l'excédent du prix de vente sur le montant de la première dette (5). La première conception avait l'inconvénient de tenir en suspens le droit du second créancier tant que le premier n'était pas payé ; la seconde, de transformer le droit hypothécaire en un droit sur l'action par laquelle le débiteur pouvait exiger le reliquat du prix ; le second créancier n'était plus que le cessionnaire des droits du débiteur. Les jurisconsultes du IIe siècle estiment que le droit du second créancier porte sur la chose (6), ils le sanctionnent par l'action hypothécaire qui peut être exercée contre toute personne autre que le premier créancier (7).

La situation du second créancier fut ainsi améliorée, tout en restant inférieure à celle du premier. Elle en diffère à un autre point de vue : à l'exception du fisc (8), le second créancier n'a pas le droit de vendre la

sur la chose : cette condition serait injustifiable s'ils pouvaient se faire céder l'action hypothécaire garantissant la dette primitive. — L'intérêt de la distinction entre ces deux bénéfices consiste en ce que la *successio in locum* a un effet bien plus restreint que la cession d'actions : elle ne s'étend pas aux actions personnelles ou réelles du créancier dont on a pris la place. On n'a pas jugé utile d'accorder un surcroît de garantie à un créancier qui agit dans son intérêt personnel et non par nécessité. Cette distinction, méconnue par nos anciens auteurs, a été mise en lumière et justifiée par J.-E. Labbé, III, 904-907. Elle n'a pas été maintenue par notre Code civil : art. 1249-1252 sur le payement avec subrogation.

(1) D'après Paul, II, 13, 8, le même droit a été accordé au créancier antérieur vis-à-vis d'un créancier postérieur. Cf. Labbé, *op. cit.*, III, 904, 2-4.

(2) Gaius, *D.*, XX, 4, 11, 4.

(3) *C.*, VIII, 18, 1.

(4) Gaius, *h. t.*, 15, 2 : *aut solidum cum primo debito liberata res fuerit.*

(5) *Ibid.* : *In id quod excedit... ; id quod pluris sit.* Afr., XX, 4, 9, 3.

(6) Gaius, *h. t.*, 15, 2 : *Qui res suas... alii secundo obligant creditori.* Pap., *D.*, XX, 4, 1, 1 : *alii res pignori data est.* Pomp., *eod.*, 4. Afr., *eod.*, 9 pr. Les tabellions n'en ont pas moins continué pendant le IIe siècle à reproduire les formules d'actes traditionnelles avec la clause sur *id quod excedit* ou *superfluum* (Gaius, *l. c.* ; Pap., *D.*, XLVI, 3, 96, 3 ; Tryph., *D.*, XX, 4, 20). Cf. Manigk, *loc. cit.*

(7) *D.*, XX, 4, 12, 7 : *Ab omni possessore eam rem potest petere priorem creditorem et qui ab eo emit.* *Ibid.*, 12 pr. Gaius subordonnait à l'oblation préalable l'exercice de l'action hypothécaire (*eod.*, 11, 4).

(8) Sev., Carac., ap. Marc., *D.*, XLIX, 14, 22, 1.

chose (1). Si le premier prend l'initiative de la vente, le second a le droit de lui demander le reliquat du prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû (2). Le surplus, s'il y en a, pourra être réclamé par les créanciers subséquents dans l'ordre de leurs créances (3).

En somme et sauf le cas où ils sont en mesure d'exercer le *jus offerendi*, les créanciers postérieurs n'ont qu'une garantie précaire : ils sont à la merci du premier créancier. Il était donc très important pour celui qui exigeait une hypothèque, de savoir s'il était le premier en date ; mais comme ni la loi ni l'édit n'avaient organisé aucun mode de publicité de l'hypothèque, la pratique et la jurisprudence imposèrent au débiteur le devoir de déclarer à qui ses biens étaient déjà hypothéqués : à défaut d'une déclaration préalable, il était passible des peines du stellionat (4 .

§ 7. **Hypothèques privilégiées.** — Certains créanciers jouissent d'un privilège : ils sont préférés à tous les autres quelle que soit la date de leur hypothèque. Les hypothèques privilégiées sont : 1° celle du fisc ; 2° celle du créancier qui a prêté de l'argent pour conserver, réparer ou acquérir une chose hypothéquée à d'autres créanciers (5). Le privilège pour cause d'*in rem versio* n'existe que si l'hypothèque a été constituée au moment même où naît la créance ; il a été établi par la jurisprudence par application du principe qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; 3° celle de la femme pour la restitution de sa dot (p. 190).

En cas de concours entre créanciers privilégiés, le fisc passe avant tous autres pour sa créance en recouvrement de l'impôt, mais non pour ses créances contractuelles (6).

(1) Pap., *D.*, XX, 5, 1 pr. ; Diocl., *C.*, VIII, 17, 8.

(2) Marc., *loc. cit.*, 12, 5. Cet excédent est appelé par les Romains *superfluum*, par les Grecs *hyperocha*. Les classiques évitent d'employer ce mot grec bien plus encore que celui d'hypothèque. *Hyperocha* ne se trouve qu'une fois au Digeste (XX, 4, 20) dans le texte d'une question posée à Tryphoninus. Dans sa réponse, le jurisconsulte a soin de remplacer *hyperocha* par *id quod amplius est in pignore*. Cf. sur l'*hyperocha*, Manigk, *loc. cit.*, p. 292-321.

(3) A la différence du droit français (C. Pr. 749 et suiv.), le prix de vente n'est pas consigné et réparti entre les créanciers sous le contrôle des magistrats : à Rome, les créanciers postérieurs courent le risque de l'insolvabilité du premier créancier qui a touché le prix de vente ; ils n'ont pas de recours contre l'acheteur qui n'a pas contracté avec eux.

(4) Gaius, *h. t.*, 15, 2 ; Ulp., *D.*, XLVII, 20, 3, 1 ; XIII, 7, 36, 1.

(5) Ulp., *D.*, XX, 4, 7, 1 ; 5 ; Pap., *eod.*, 3, 1 ; Diocl., *C.*, VIII, 17, 7.

(6) Carac., *C.*, IV, 46, 1 : *Prior est causa tributorum*. Ulp., *D.*, XLIX, 14, 28. Scæv., *D.*, XX, 4, 21 pr.

LIVRE V

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT

CHAPITRE PREMIER

Notions générales.

I. Succession universelle et succession à titre particulier.

§ 1er. **Succession universelle.** — La succession à cause de mort est la transmission du patrimoine d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes vivantes. Le patrimoine ne s'éteint pas au décès de son titulaire : les éléments qui le composent, droits réels, créances et dettes, passent aux héritiers, à l'exception de certains droits attachés à la personne, comme l'usufruit, ou de certaines dettes, comme les dettes délictuelles. Les héritiers prennent la place du chef de famille décédé : ils lui succèdent.

L'idée de succession apparaît seulement à l'époque classique. Dans l'ancien droit, sous le régime de la propriété familiale, les enfants recueillent le patrimoine à la mort de leur père : ils n'acquièrent pas un droit nouveau ; ils exercent un droit qu'ils avaient déjà à l'état latent. Entre le père et ses enfants, il n'y a pas une véritable succession. D'autre part, le patrimoine étant attaché à la famille garde son unité : l'héritier a vocation à tout le patrimoine ; il est tenu personnellement de la totalité des dettes. En un mot, il continue la personne du défunt (1). Il est aussi le continuateur de son culte domestique et de sa maison (2) ; il recueille les droits de patronat sur les esclaves affranchis.

La qualité d'héritier n'a pas été réservée aux enfants : au temps des Douze Tables, elle peut, sous certaines conditions, être conférée à la personne que le chef de famille a instituée par testament. Il y eut dès lors deux classes d'héritiers : l'héritier domestique qu'on appelle aussi héritier sien ; l'héritier testamentaire. A défaut de l'un de ces héritiers, la loi attribue la *familia* du défunt au plus proche agnat, sinon à ses *gentiles ;* elle ne leur donne pas le titre d'héritier (3). Mais,

(1) PAUL, IV, 8, 6 : *In suis heredibus... a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur.*
(2) *Inst.*, II, 19, 7 : *Veteres... heredes pro dominis appellabant.* FEST., v° *heres.*
(3) ULP., XXVI, 1, : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proxi*

dans la suite, on considéra comme héritiers légitimes tous ceux qui recueillaient ab intestat le patrimoine, les plus proches agnats ou les *gentiles* aussi bien que les enfants du *de cujus*.

La situation des héritiers testamentaires et des héritiers ab intestat autres que l'héritier sien a été modelée sur celle de l'héritier sien, sans être de tout point identique. Ils ne continuent pas de plein droit le culte domestique : la charge du culte leur a été imposée par l'autorité des pontifes (1). Ils ne recueillent pas les droits de patronat. Ils ne sont pas à tous égards les représentants du *de cujus* : ce sont des héritiers externes.

Le trait commun aux diverses classes d'héritiers est indiqué par Cicéron : l'hérédité est l'avantage pécuniaire qu'une personne acquiert légalement à la mort d'une autre (2). A cette définition qui exprime le côté matériel et extérieur de l'hérédité, les classiques en ont substitué une autre qui fait ressortir le caractère interne et les effets pratiques de ce droit : l'hérédité, dit Julien, est la succession à l'ensemble des droits du défunt (3). C'est une chose incorporelle (4). L'idée neuve est celle de la succession universelle (5).

Cette conception nous paraît aujourd'hui toute naturelle, parce qu'elle a pénétré dans la conscience populaire depuis une longue série de générations. Elle soulève pourtant bien des difficultés : parler de succession, c'est dire qu'une personne prend la place d'une autre, avec son assentiment et sans solution de continuité. Or, il semble impossible qu'il en soit ainsi : la succession universelle a son fondement dans la volonté expresse ou présumée du défunt ; cette volonté ne peut être efficace quand elle a cessé d'exister. La personnalité juridique du défunt prend fin en même temps que sa personne physique, au moment du décès ; le droit de l'héritier ne prend naissance qu'au jour de l'adition ; il y a donc solution de continuité entre la personne du défunt et celle de l'héritier. La succession universelle implique la transmission d'un patrimoine, c'est-à-dire de l'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne : or, cet ensemble ne peut subsister, conserver son unité, s'il ne se rattache à une personne déterminée. Au décès de cette personne, il va se désagréger : créances et dettes s'éteignent faute de titulaire ; les choses corporelles deviennent *res nullius*. Ce danger n'était pas à craindre sous le régime de la propriété familiale : le patrimoine se perpétue avec la famille. Mais avec le régime de la propriété

mus famili m habeto. Ulp., *Collat*. XVI, 4, 2. D'après Lenel, *Zur Geschichte der heredis institutio (Essays in legal History*, 1913, p. 123), l'agnat devenait héritier en prenant possession des biens héréditaires. Cf. *Sav. Z.*, XXXVII, 129.

(1) Cic., *de leg.*, II, 21, 52 : *Sacra cum pecunia pontificum auctoritate nulla lege conjuncta sunt.* Pour assurer la perpétuité des cultes, les pontifes les mirent à la charge de celui qui, même sans être héritier, recueillait la majeure partie des biens. Le légataire de la majeure partie des biens en est tenu, à dater du jour où il a recueilli une portion quelconque de son legs.

(2) *Top.* 6 : *Hereditas est pecunia quæ morte alicujus ad quempiam pervenit jure.*

(3) *D.*, L, 17, 62 : *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.* Cf. Gaius, *D.*, L, 16, 24 ; Afr., *cod.*, 208.

(4) Gaius, II, 14 : *Jus successionis... incorporale est.*

(5) Pomp., *D.*, XXIX, 2, 37 : *Heres in omne jus mortui, non tantum singulorum rum dominium succedit, cum et ea quæ in nominibus sint, ad heredem transeant.*

individuelle, tout change, et c'est ici seulement que l'on peut parler de succession.

Le patrimoine appartient à une personne déterminée qui en a la libre disposition. La délation de l'hérédité est réglée par la volonté expresse ou présumée du défunt. L'efficacité attribuée à la volonté d'un mort n'a jamais été mise en question par les Romains depuis que le testament est devenu un acte privé. Les classiques la justifient, comme les modernes, par une raison d'intérêt public (1). De là, deux conséquences : *a)* la volonté du testateur étant souveraine, les mesures prises pour conserver les biens dans la famille n'ont plus de raison d'être ; *b)* le patrimoine, n'appartenant plus à la famille, change de maître à la mort du titulaire. Le nouveau maître et l'ancien, l'ayant cause et l'auteur forment deux personnes distinctes. Entre ces deux personnes, il faut établir un lien si l'on veut conserver au patrimoine du défunt son unité, si l'on veut qu'il parvienne intact à l'héritier et qu'il demeure le gage des créanciers du défunt. A cette condition la solution de continuité, qui existe en fait, disparaît en droit ; l'héritier est le continuateur du *de cujus*. Au fond, le problème consiste à définir la situation de l'hérédité jacente dans l'intervalle qui sépare le décès de l'adition. Nous l'examinerons à propos de l'acquisition des successions.

Le mot *successio* désigne ordinairement la succession à cause de mort (2). On l'emploie parfois pour désigner certains cas d'acquisition à titre universel entre vifs. L'adrogation, la *manus*, la *bonorum emptio*, le Sc. Claudien, l'*addictio bonorum libertatis causa* entraînent une succession à titre universel (3). Mais ces divers cas, sauf le premier et le dernier, n'existent plus sous Justinien (4).

§ 2. **Succession à titre particulier.** — Très différente est la succession à titre particulier *(successio in rem* ou *in dominium)* (5) : elle a lieu lorsqu'on acquiert un objet déterminé. L'acheteur, le donataire sont des successeurs à titre particulier. Cette sorte de succession ne s'applique qu'aux droits réels (6). Il ne saurait en être question pour les

(1) Paul., *D.*, XXIX, 3, 5 : *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere.* La société a intérêt à ce que le père de famille conserve les biens qu'il acquiert, et il ne les conservera que s'il a l'espoir de les transmettre à ses héritiers. L'hérédité est une garantie contre la dissipation et le désordre; en assurant la stabilité des fortunes elle contribue à la stabilité de l'État. Quintilien (*Decl.*, 308) invoque une raison de sentiment : *Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem.*

(2) Gaius, II, 98 ; Alex., *C.*, VI, 20, 1 ; Gord., *C.*, III, 36, 10 ; Diocl., *C.*, VII, 31, 4 ; II, 3, 21 ; VIII, 3, 1 pr. Cf. Paul., *D.*, XL, 5, 25 : *Sine successore decedere.* Ulp., *D.*, XXXVIII, 9, 1 pr. : *Successorium edictum.*

(3) Gaius, III, 77, 85 ; 82 : *Alterius generis successiones quae... eo jure quod consensu receptum est introductae sunt.* *Inst.*, III, 10 et 11.

(4) *Inst.*, III, 12 pr., 1.

(5) Ulp., *D.*, XLIII, 3, 1, 13 : *In locum successisse accipimus sive per universitatem sive in rem sit successum.* Longo (*B. dir. R.*, XIV, 174 ; XV, 283) déclare interpolés tous les textes relatifs à la *successio in rem* : c'est une exagération. L'acheteur est plusieurs fois cité à côté de l'héritier comme un successeur (Ulp., *D.*, XLIII, 19, 1, 37 : édit du Préteur ; 3, 2 : *in cujus locum hereditate vel emptione aliove quo jure successit.* Herm., *D.*, XXI, 3, 3, 1 ; Paul., *D.*, XXXIX, 3, 12). Mais ce n'est pas un *juris successor* : Paul., *D.*, II, 13, 9, 1.

(6) Ulp., *D.*, XLIII, 19, 3, 10. Cf. pour l'hypothèque, p. 674.

créances qui, à Rome, sont incessibles. Elle produit des effets qui varient suivant les cas (1).

La succession universelle et la succession à titre particulier ont ceci de commun : le droit du successeur s'appuie ordinairement sur celui du précédent titulaire. Par suite le successeur ne peut avoir plus de droit que son auteur (2). A côté de cette analogie, il y a des différences essentielles (3), quant à la forme et quant aux effets : *a*) La succession à titre singulier exige l'emploi d'un mode d'acquérir approprié à la nature de l'objet. Cette règle s'applique même au cas où plusieurs objets sont transmis simultanément ; chacun d'eux doit être acquis séparément par mancipation ou par tradition. La succession à titre universel fait acquérir en bloc et sans formalité tous les biens compris dans le patrimoine, même ceux dont on ne soupçonnait pas l'existence, même les créances qui sont intransmissibles à titre particulier (4). Elle lui fait également acquérir certains droits qui n'étaient pas dans le patrimoine du défunt, comme le droit à la réparation de l'injure faite à la mémoire ou au corps du défunt (p. 558, 8); *b*) Le successeur universel est tenu des dettes de son auteur. Rien de pareil pour le successeur à titre particulier (5).

II. **Fondement du droit de succession.**

En droit moderne, le droit de succession a pour fondement la volonté de l'homme exprimée dans son testament ou présumée par la loi. C'est une conséquence du droit de disposer qui caractérise le régime de la propriété individuelle. A Rome, depuis l'introduction de ce régime, le droit de succession eut pour fondement, comme de nos jours, la volonté de l'homme exprimée dans un testament. Mais, à défaut de testament, la loi n'en a pas moins conservé aux agnats le droit à la succession, qui était un vestige de l'ancienne communauté de famille. Cette divergence entre le fondement de la succession testamentaire et celui de la succession légitime eut pour résultat de jeter le discrédit sur la succes-

(1) Différences entre l'acheteur et le donataire quant à l'usucapion (p. 287), quant à l'effet de l'exception de dol (Ulp., *D.*, XLIV, 4, 4, 29), et du pacte de remise *in personam :* Paul, *D.*, II, 14, 17, 5. Cf. sur ce texte, peut-être interpolé, G. Rotondi, *Di alcune riforme Giustinianee*, 39, 1.

(2) Paul, *D.*, L, 17, 120; Ulp., *cod.*, 160, 2.

(3) Il faut se garder d'en conclure qu'il y a incompatibilité absolue entre ces deux catégories : les qualités de successeur universel et de successeur à titre particulier peuvent être réunies en la même personne (legs *per præceptionem*); un successeur à titre particulier peut avoir droit à une quote-part de l'hérédité (legs partiaire) ou à toute l'hérédité (fidéicommis d'hérédité avant le Sc. Trébellien).

(4) Pomp., *D.*, XXIX, 2, 37; Paul, *D.*, XLI, 1, 62.

(5) Diocl., *C.*, IV, 16, 7. Cet effet est propre aux successions à titre d'héritier. Les autres successions *per universitatem*, qui ont lieu entre vifs, n'entraînent pas directement la charge des dettes. Cette différence s'explique par une raison historique : les Romains n'ont pas admis dès l'abord et d'une manière générale la transmissibilité des dettes; l'adrogation et la *manus* sont restées soumises à la règle antique (p. 112, 1), sauf pour les dettes héréditaires qui se transmettent à l'adrogeant ou à celui qui acquiert la *manus* (Gaius, III, 84). Quant à la *venditio bonorum*, elle ne fait pas de l'acheteur un véritable successeur; de même l'*addictio bonorum libertatis causa* (*Inst.*, III, 11) : celui qui l'obtient ne peut être poursuivi qu'en vertu de la *cautio* fournie aux créanciers (Ulp., *D.*, XL, 5, 4, 22).

sion ab intestat : elle était déférée d'après un principe qui n'était plus en harmonie avec le régime actuel de la propriété.

Dès le temps de Cicéron, un principe nouveau se fait jour : à défaut de testament, la parenté naturelle ou cognation confère un droit à la possession des biens du défunt. Consacré par l'Édit Prétorien dans quelques cas particuliers, ce principe a été largement admis par les constitutions impériales. La succession ab intestat eut dès lors un double fondement : l'agnation d'après le droit civil, la cognation d'après le droit prétorien. Cette dualité a subsisté jusqu'aux Novelles de Justinien qui ont écarté le système successoral fondé sur l'agnation et adopté le principe accueilli par le droit moderne : attribution de la succession ab intestat d'après l'ordre présumé des préférences du défunt et de ses affections naturelles.

CHAPITRE II

Successions testamentaires.

Le testament est un acte solennel qui a pour objet principal d'instituer un ou plusieurs héritiers. Tout testament, sauf celui des militaires, doit contenir une institution d'héritier : c'est là une différence avec le droit moderne (C. civ. 967). Le testateur ne peut pas disposer par testament d'une partie de son patrimoine, le surplus devant revenir à ses héritiers ab intestat : il doit d'abord instituer un héritier (1). La loi romaine n'admet pas le concours de successeurs testamentaires et d'héritiers ab intestat (2).

A l'époque classique, le testament présente d'autres caractères : c'est d'abord un acte de dernière volonté. Le testateur peut, tant qu'il vit, changer ses dispositions et refaire son testament. C'est une question de savoir s'il en était ainsi, dès le temps des Douze Tables. Le doute vient de la forme du testament d'après le droit civil. Le testament n'est pas l'expression de la libre et dernière volonté du disposant : il est soumis à l'approbation des comices, et il ne peut se faire que deux fois par an, à date fixe.

On a soutenu cependant que la liberté de tester a été consacrée par les Douze Tables, et l'on en donne deux raisons : le pouvoir absolu du chef de famille à cette époque, le texte de la loi. Le chef de famille, qui a le droit de vie et de mort sur ses enfants, peut, à plus forte raison, les exhéréder. La loi lui reconnaît expressément le droit de disposer de ses biens à cause de mort comme il l'entend. Aucune de ces raisons n'est décisive. Si le père a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants,

(1) Gaius, II, 229 : *Velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.* D'après Lenel, *op. cit.*, 125, 138, le testament comitial contenait uniquement des legs. Les légataires auraient, à cette époque, été tenus des dettes du défunt (*ib.*, 137).

(2) *Inst.*, II, 14, 5. Pomp., *D.*, L, 17, 7.

il ne peut en user d'une manière arbitraire. Le pouvoir d'exhéréder ne peut échapper à tout contrôle, alors que le pouvoir du père comme magistrat domestique est limité par la coutume qui exige la convocation du tribunal de famille. Quant au texte de loi, il est loin d'être catégorique : il parle de *legare* et non de *testari* (1); il ne fait pas allusion à l'institution d'héritier. Il est vrai que, 600 ans après les Douze Tables, un jurisconsulte a présenté cette disposition comme le point de départ de la liberté de tester (2); mais entre l'époque des Décemvirs et le siècle des Antonins il s'est produit un changement profond dans la conception de l'institution d'héritier : l'héritier qui, à l'origine, était le continuateur du culte et de la maison du *de cujus,* est devenu un successeur aux biens. Rien d'étonnant qu'on ait rattaché la liberté d'instituer un héritier à la règle des Douze Tables qui se rapproche le plus de la conception nouvelle, celle qui permet de disposer librement à titre particulier de certains biens (3).

La liberté de tester est incompatible avec le régime de la propriété familiale qui subsistait au temps des Douze Tables (4). L'introduction de cette liberté est la conséquence des causes diverses qui contribuèrent à effacer la distinction des biens de famille et des choses moins précieuses, et à donner la prépondérance à l'argent :

1° L'accroissement rapide de la richesse publique et privée, grâce à des guerres heureuses et au développement du commerce; 2° le morcellement des biens patrimoniaux : au lieu de vivre en commun à la mort du père de famille, les enfants demandent le partage de l'héritage paternel pour fonder des familles séparées; 3° la décadence du principe de la conservation des biens dans la famille. Pour les plébéiens, les entraves apportées à l'aliénation de ces biens n'avaient guère de raison d'être : la plupart d'entre eux n'avaient pas à soutenir le prestige d'une famille, à lui conserver les moyens de jouer un rôle politique. Pour les

(1) Ulp., XI, 14 : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

(2) Pomp., *D.*, L, 16, 20 : *Verbis legis XII Tabularum his : uti legassit suæ rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium.*

(3) D'après M. Girard (804), la liberté de tester aurait été introduite par les Douze Tables. La loi, dérogeant à la coutume antérieure, aurait substitué au contrôle des pontifes et du peuple le régime de la liberté absolue. Cette opinion est difficile à admettre : il n'y a pas le moindre indice qui permette de croire à la nécessité d'une pareille innovation. On a très justement fait observer qu'il y aurait là une révolution que rien ne justifie. (Ed. Lambert, *la Tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, 1901, p. 32). — Suivant M. Appleton (*le Testament romain,* 82; 107, 3), les Douze Tables n'ont fait que confirmer une coutume antérieure. La liberté de tester se serait introduite à l'époque royale, comme conséquence de l'usage du testament *in procinctu :* les citoyens pouvant tester librement en temps de guerre, il parut excessif de soumettre leur testament à un contrôle effectif en temps de paix. Cette manière de voir n'est pas vraisemblable : elle suppose que l'usage du testament était très répandu aux premiers siècles de Rome, alors que, d'après Gaius (II, 101), on ne pouvait tester que deux fois par an. Aucun raisonnement ne saurait prévaloir sur un fait aussi bien établi que le caractère exceptionnel du testament à l'époque antique. Mitteis, I, 82, et Lenel (*op. cit.*, 122) sont d'avis que le testament comitial subsistait au temps des Douze Tables.

(4) Tout au moins lors de sa première rédaction. Cf. sur les rédactions successives de la loi des Douze Tables, Ettore Pais, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma,* 1915, I, 109.

patriciens, l'occupation de terres du domaine public avait amené l'inégalité des richesses et rompu l'équilibre qui exista d'abord entre les familles. L'intérêt qu'ils attachaient à la conservation de la propriété familiale n'était plus aussi vif depuis que les *possessiones* formaient une partie importante de leur fortune. C'est pour les mêmes causes que la tutelle des femmes devint illusoire et que la curatelle des prodigues changea de caractère; 4° la modification des règlements pontificaux : il n'y avait plus utilité pour les pontifes à exercer un contrôle sur les testaments, depuis que leurs intérêts étaient sauvegardés, quelle que fût la manière dont on avait disposé à cause de mort; 5° la désertion des comices curiates.

Le testament classique est un acte unilatéral; il n'exige pas un accord du testateur et de l'héritier. Les Romains n'ont pas admis l'institution contractuelle (1) (C. civ. 1082-1883). Ils ont connu, il est vrai, un mode de tester par mancipation qui est une sorte de contrat successoral (2), mais ce contrat est devenu de très bonne heure un acte de pure forme qui ne confère aucun droit à l'acquéreur.

I. Formes du testament.

Aux premiers siècles, le testament a deux formes : le testament comitial, usité en temps de paix; le testament *in procinctu*, permis aux soldats en temps de guerre. Les Prudents ont imaginé une troisième forme, le testament par mancipation, mais elle ne peut servir à instituer un véritable héritier.

§ 1er. **Testament comitial.** — Le testament comitial est un acte solennel qui peut se faire deux fois par an dans les comices calates, devant le collège des pontifes (3). Les pontifes étaient vraisemblablement chargés, comme pour une adrogation, d'examiner s'il y avait lieu d'autoriser la transmission du culte domestique et d'en fixer les conditions. L'intervention du peuple était nécessaire pour sauvegarder les intérêts des héritiers siens ou, le cas échéant, pour consacrer une dérogation au principe de la conservation des biens dans la famille.

Le peuple était-il réellement appelé à voter sur le projet de testament ou jouait-il simplement le rôle de témoin? Il faut, à notre avis, faire une distinction d'époques. Aux premiers siècles, le peuple intervenait à un double titre : il était appelé à se prononcer sur le projet qui lui était soumis; en cas d'approbation, on le prenait à témoin de l'existence du testament. Plus tard, la réunion des comices devint une simple formalité : au lieu d'exercer un droit de contrôle, le peuple servit de témoin. On se contenta d'une déclaration faite devant les 30 licteurs chargés de convoquer les curies (p. 198, 7).

Le caractère législatif du testament soumis aux comices ressort de la

(1) Val., Gall., C., II, 3, 15; Diocl., C., V, 14, 5.
(2) Cf. Éd. Cuq, *Le droit Babylonien au temps de la première dynastie de Babylone*, *N. R. H.*, XXXIII, 251.
(3) Gell., XV, 19, 27 : *Curiata per lictorem curiatum calari, id est convocari.* Ces comices avaient lieu vraisemblablement les 24 mars et 24 mai (Mommsen, VI, 1, 363). Voir cependant Hartmann, *Ordo judiciorum*, 12; Voigt, *XII Taf.*, I, 224.

forme de ses dispositions et de ses effets. Les dispositions testamentaires sont toujours conçues à l'impératif *(heres esto, damnas esto)* (1). Les effets du testament dépassent la portée ordinaire des actes émanant d'un simple particulier. De tous ces effets, le plus remarquable est celui qui consiste à imposer à l'héritier une charge *(damnatio)* au profit d'un tiers. Il est de principe que nul ne peut acquérir un droit par l'effet d'un acte auquel il est resté étranger; la loi seule peut, en imposant une charge à l'héritier, conférer le droit corrélatif au légataire (2).

§ 2. **Testament *in procinctu*.** — Ce testament consiste en une déclaration de volonté faite par un soldat dans l'intervalle qui s'écoule entre le moment où le général prend les auspices pour ranger son armée en bataille et celui où il les prend pour marcher au combat (3). Le testateur choisit pour témoins quelques-uns de ses compagnons d'armes (4).

§ 3. **Testament par mancipation.** — Le testament comitial présentait divers inconvénients : *a*) il ne pouvait se faire que deux fois par an. Le citoyen qui, dans l'intervalle de la réunion des comices, était en danger de mort, courait le risque de mourir intestat, c'est-à-dire de laisser ses biens de famille à un agnat ou à des gentils qui lui étaient indifférents. On ne songea pas cependant à combler cette lacune tant que les testaments furent rares dans la pratique, c'est-à-dire tant que les héritiers siens ne firent pas défaut. Mais lorsque les familles eurent été décimées par les guerres des ve et vi^e^ siècles, il devint nécessaire de faciliter les moyens de tester.

b) Il ne pouvait se faire qu'à Rome. Lorsque, avec l'extension des relations commerciales, les Romains eurent souvent l'occasion de se déplacer, on imagina un mode de tester mieux approprié aux conditions nouvelles de la vie sociale. Le procédé auquel on eut recours a tous les caractères d'un expédient; c'est l'œuvre des Prudents. Il se compose de deux actes distincts : une déclaration de volonté devant témoins, déclaration à laquelle on donne le nom de testament bien qu'elle ne contienne pas une institution d'héritier, puis une mancipation. De là son nom : testament par mancipation, c'est-à-dire testament qui se parfait par une mancipation (5). Le *de cujus* fait connaître verbalement à un ami ses dernières volontés et le charge de les exécuter. Cette invitation n'a aucune valeur juridique, mais l'ami à qui elle s'adresse est tenu en conscience de s'y conformer. Pour le mettre en mesure de remplir sa mission, le *de cujus* lui mancipe ses biens de

(1) Gaius, II, 117 : *Illa non est comprobata : Titium heredem esse volo.*

(2) On trouve encore une allusion au caractère législatif du testament dans une formule usitée à l'époque classique (Gaius, II, 104).

(3) Sabid., Comm. vers. Salior. in *Schol. Veron.* in Virg., *Æn.*, X, 241 (Keil, 105). Cf. Appleton, *Testament*, 79 : Zocco-Rosa, *Riv. ital.*, XXXV, 302.

(4) Festus : *In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat præsentibus commilitonibus.* Plut., *Cor.*, 9. On croyait autrefois que l'armée tout entière jouait ici le rôle du peuple assemblé dans ses comices. Mais il est difficile d'admettre qu'au moment de marcher au combat on prît le temps d'examiner un à un les testaments de tous les soldats et de voter pour ou contre.

(5) Gaius, II, 102 : *Amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat.* Il est douteux que, dans le principe, le mot *familia* ait reçu une acception aussi large. On conçoit difficilement une mancipation collective du patrimoine à une

famille (1) pour un prix fictif. Il exclut, par là même, la vocation ab intestat de ses agnats qui ne pourront, à son décès, réclamer des biens dont il a disposé de son vivant. C'est le seul effet que produise directement le testament par mancipation. Les autres effets voulus par le testateur ne sont obtenus qu'indirectement.

Le testament par mancipation présentait des inconvénients qui obligèrent les Prudents à le modifier : *a)* il ne permet pas d'instituer un héritier. L'acquéreur des biens est *heredis loco* : c'est une sorte d'exécuteur testamentaire (2) ; *b)* le disposant doit transférer la propriété par les modes ordinaires ; s'il change de volonté, il n'a pas d'action contre l'acquéreur pour se faire remanciper ses biens ; *c)* il ne peut transmettre directement ses biens à ses enfants : entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre, la mancipation n'est pas possible ; *d)* le gratifié est à la merci de l'acquéreur qui n'est pas obligé envers lui ; ni les gratifiés ni les créanciers du disposant n'ont d'action contre le *familiæ emptor*.

§ 4. **Testament *per æs et libram*.** — Au milieu du VI[e] siècle de Rome apparaît une nouvelle forme de testament, qui remplace le testament comitial et qui est restée, sous le Haut-Empire, le mode régulier de tester d'après le droit civil. Le testament *per æs et libram* est une combinaison du testament par mancipation et du testament comitial. Il exige, comme celui-ci, une institution d'héritier ; comme celui-là, le transfert des biens à un acquéreur (3). Mancipation et institution ont lieu devant témoins et doivent se succéder sans interruption (4).

Désormais le testament est un acte privé accessible aux plébéiens et aux femmes *sui juris*, il peut être fait en tout temps et en tout lieu. La partie essentielle est la déclaration de volonté *(nuncupatio)* ; elle peut comprendre, à la suite de l'institution d'héritier, des clauses particulières : legs, affranchissement, nomination de tuteur. L'acte par l'airain et la balance est de pure forme : le *familiæ emptor* n'acquiert plus la propriété des biens ; il reconnaît qu'on les lui confie pour permettre au disposant de tester. Le testament est au fond un acte unilatéral ; le

époque où la mancipation exigeait l'appréhension de l'objet mancipé, où l'on ne pouvait acquérir à la fois plus de choses qu'on n'en peut prendre avec la main (Ulp., XIX, 6). La *familiæ mancipatio* devait s'appliquer seulement aux biens de famille et se faire individuellement pour chacun d'eux. Pour les autres biens, le testateur était, croyons-nous, libre d'en disposer à cause de mort par une simple déclaration devant témoins (p. 764).

(1) D'après M. Appleton (*Testament romain*, 107, 4 et 111), la *mancipatio familiæ* serait antérieure aux Douze Tables ; elle aurait été très anciennement et fort longtemps la forme usuelle du testament. Cette opinion nous paraît inadmissible : 1° la *mancipatio familiæ*, acte profane qui n'entraîne pas la charge du culte, ne peut remonter à une époque où le testament avait surtout pour objet la transmission du culte ; 2° l'application de la mancipation à un ensemble de biens (y compris les *res nec mancipi*) n'a pu être admise qu'à une époque où cet acte avait perdu son caractère primitif indiqué par Ulpien (XIX, 6) ; 3° il n'est pas démontré qu'on ait pu, d'aussi bonne heure, faire une mancipation pour un prix fictif.

(2) Gaius, II, 102 ; 103 : *Eumque rogabat... Et mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet.* Il en fut autrement dans le droit postérieur : *Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur.*

(3) Gaius, II, 103, 104. Cf. p. 123, 1.

(4) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXVIII, 1], 21, 3. Cf. Just., *C.*, VI, 23, 28 pr.

testateur peut changer de volonté, faire un nouveau testament sans avoir à réclamer la restitution de ses biens.

Dans le testament *per æs et libram*, le testateur exprime sa volonté oralement. Mais l'usage s'est introduit de bonne heure de la consigner dans un écrit. Cet usage était si répandu que la déclaration verbale était réservée pour le cas où le testateur était en danger de mort et ne pouvait procéder à la confection régulière de l'écrit. Le testament verbal est appelé *nuncupatif* (1).

Le testament écrit (2) offre un double avantage : il facilite la preuve des dispositions prises par le testateur (3) ; il permet de les tenir secrètes jusqu'au décès (4). L'acte doit être en latin, à moins d'une autorisation spéciale (5) ; il est rédigé par le testateur lui-même ou par un tiers sous sa dictée (6), sur des tablettes de bois recouvertes de cire et attachées entre elles de manière à former une sorte de livret *(codex)* (7). On ne laissait à découvert que la tablette contenant le nom du testateur et celle où les témoins doivent apposer leur cachet (8). Un sénatusconsulte du temps de Néron a déterminé les précautions à prendre pour attacher solidement les tablettes et y placer les sceaux (9).

Le testateur présente les tablettes aux témoins qu'il a spécialement convoqués (10), en déclarant qu'elles contiennent ses dernières volontés ; il les invite à y apposer leur cachet et leur nom pour en garantir l'authenticité (11).

§ 5. **Testament prétorien.** — Le Préteur a simplifié les formes du testament, comme il a simplifié les modes d'acquérir la propriété

(1) Serv., ap. Jav., *h. t.*, 25 ; Dio, LIII, 25 ; Suet., *Calig.*, 38 ; Ulp., *h. t.*, 21 pr. Horace, étant gravement malade, fit un testament nuncupatif en faveur d'Auguste (Suet., *Vita Horat.*).

(2) Exemples de testaments de l'époque du Haut-Empire : testament de Labéon (Paul., *D.*, XXXIV, 2, 32, 6), d'un Gaulois de Langres, de Dasumius, de L. Caecilius Optatus, de L. Minicius Natalis, de M. Meconius Leo, de Postumius Julianus (*CIL.*, XIII, 5708 ; VI, 10229 ; II, 4514, 4511 : X, 114 ; XIV, 2934), de C. Longinus Castor (*P. Berlin*, 326). Cf. Mitteis, *Chrest.*, 317-319.

(3) Gaius. II, 151. Cf. Liv., XXXIX, 18 ; Ulp., *h. t.*, 23.

(4) Au temps de Cicéron, il était d'usage de lire le testament aux témoins *(ad Att.*, VII, 2), ou plutôt de leur proposer de le lire ; mais, d'après Horace (*Sat.*, II, 5, 51), il était convenable de refuser.

(5) Rescrit d'Hadrien de l'an 121 (*C. I. L.*, III, 12283, 14203) ; Scæv., *D.*, XXXI, 88, 17 ; Paul., *D.*, XXXII, 92 pr. Cf. Wessely, *Wiener Studien*, IX, 241.

(6) Par un esclave (Mod., *h. t.*, 28) ou par un homme libre (*testamentarius :* Cels., 27 ; *CIL.*, VI, 10229, l. 122). Le scribe qui abuse de la confiance du testateur pour inscrire son nom ou celui d'un complice, encourt la peine du faux. (Sc. Libonien de l'an 16) ; la disposition est réputée non écrite (Jul., *D.*, XXXIV, 8, 1).

(7) L'écrit était parfois rédigé en plusieurs exemplaires. Le citoyen, qui allait entreprendre un voyage maritime, avait intérêt à emporter son testament et à en laisser un double à son domicile. Flor., *D.*, XXVIII, 2, 24 ; Ulp., *D.*, XXIX, 3, 10 pr. XXXVII, 11, 1, 5 et 6.

(8) Suet., *Nero*, 17.

(9) Paul., V, 25, 6. A la différence des actes entre vifs qui sont rédigés en double, d'abord sur la partie close *(scriptura interior)*, puis sur la partie ouverte *(scriptura exterior)*, le testament n'est écrit qu'une seule fois sur la partie close. La partie ouverte ne contient que le nom du testateur et les cachets apposés par les témoins sur le fil qui relie les tablettes, avec leur nom en regard *(superscriptio)*.

(10) C'est la *testimonii perhibitio :* Gaius, II, 104 ; Ulp., *h. t.*, 21, 2.

(11) Ulp., *eod.*, 22, 4 et 7. Les témoins doivent se servir d'un anneau sur lequel un signe a été gravé ; il n'est pas nécessaire que ce soit leur anneau personnel (*ibid.*, 22, 2 et 5).

(p. 249); il n'exige ni mancipation, ni déclaration en termes solennels; il se contente d'un écrit scellé par 7 témoins (1). Ce nombre correspond sans doute à celui des personnes dont le concours était nécessaire pour la mancipation : 5 témoins, le porte-balance et l'*antestatus* (2). Depuis Dioclétien, la présence simultanée des témoins n'est pas nécessaire, lorsque le testateur est atteint d'une maladie contagieuse (3).

Le testament prétorien ne produit pas le même effet que le testament civil : l'institué n'est pas un véritable héritier, mais le Préteur lui accorde la possession des biens héréditaires *secundum tabulas* comme s'il était héritier. Depuis Antonin le Pieux, cette possession est opposable même à l'héritier légitime (4).

§ 6. **Le testament au Bas-Empire.** — Dès l'an 339, Constance simplifia en Orient la forme du testament civil : la mancipation est supprimée; on n'exige ni acte imaginaire, ni paroles solennelles. Il suffit que la volonté du testateur soit clairement exprimée, verbalement ou par écrit. Le testament verbal ou nuncupatif peut avoir lieu, même si le testateur n'est pas en danger de mort; le testament écrit peut être consigné sur une matière quelconque (5). A cette époque, et surtout en Orient, on ne se servait guère de tablettes de cire : on écrivait sur parchemin ou papyrus. Il fallut édicter des règles nouvelles pour remplacer celles du Sc. Néronien qui étaient inapplicables.

Ces règles varient suivant que le testament est présenté aux témoins ouvert ou enroulé : s'il est ouvert, le testateur en donne lecture aux témoins (6) et les invite à y apposer leur souscription (7). Cette souscription n'est pas une signature (8); c'est une déclaration écrite par le témoin au bas de l'acte *(subscribere)*. Si, pour assurer le secret de ses dispositions, l'acte est enroulé, le testateur doit y apposer sa souscription afin de garantir aux témoins que l'acte est bien son testament (9); après quoi les témoins le souscrivent à leur tour (10), puis

(1) Gaius, II, 119; Ulp., XXVIII, 6; *D.*, XXXVIII, 6, 3. Une loi antérieure à Cicéron (2ᵉ *in Verr.*, I, 45, 117), vraisemblablement la loi Cornelia *testamentaria* (*D.*, XLVIII, 10), avait fixé la qualité et le nombre des témoins; le nombre n'est pas connu, mais les témoins devaient être inscrits dans les classes du cens (P. Diac., 56, 15). Cette condition a disparu avec le cens romain.

(2) L'usage des sept témoins a été maintenu, lorsqu'on a pris l'habitude de confier le rôle d'*antestatus* à l'un des témoins. Cf. p. 793, 3.

(3) *C.*, VI, 23, 8.

(4) Gaius, II, 120.

(5) *C.*, VI, 23, 15 pr; 15, 2.

(6) *Nov. Theod.*, 16, 1 : *Testes exigunt omnimodo quæ testamento continentur agnoscere.* J. Maspero, *P. Caire* 67151, contient un exemple d'un testament qui sera présenté aux témoins sans être clos, l. 10-11. L'acte est du 15 novembre 570.

(7) Constantin, *C. Th.*, IV, 4, 3, 1.

(8) Les papyrus de Ravenne, publiés par Marini, le prouvent. Cf. Savigny, *Gesch. d. r. R.*, II, 190.

(9) *Nov. Theod.*, 16, 1. (Cf. Bruns, *Die Unterschriften in d. r. Rechtsurkunden*, 1876, p. 88.) Si le testateur ne sait pas écrire, on convoque un huitième témoin : *C.*, VI, 23, 21, 1.

(10) Justinien avait obligé le testateur à écrire de sa main les noms des institués (*C.*, VI, 23, 29; *Nov.*, 66, c. 1, 4), sinon il devait les faire connaître verbalement aux témoins qui les mentionnaient dans leur souscription. Cette règle fut abrogée en 544 (*Nov.*, 119, c. 9).

apposent leur cachet (1) et inscrivent leur nom à côté (2). Sous Justinien, la souscription du testateur est inutile, lorsqu'il déclare qu'il a écrit lui-même le testament (3). Les formalités requises doivent être accomplies sans désemparer *(uno contextu)* : on ne peut les interrompre pour procéder à un autre acte (4).

Le mode de tester par écrit, qui vient d'être expliqué, est appelé *testament tripartite* (5) parce qu'il emprunte ses règles à trois sources : au droit civil, l'unité d'acte et la présence des témoins ; au droit prétorien, le nombre des témoins et l'apposition des cachets ; au droit impérial, la souscription des témoins et, dans certains cas, celle du testateur. Il peut être rédigé en grec (6) ou en latin.

En dehors du testament tripartite, on trouve au Bas-Empire, le testament par acte public et le testament olographe (7).

Le testament par acte public consiste en une déclaration verbale faite devant un fonctionnaire public et enregistrée dans ses actes (8). Cet usage, emprunté aux pays de civilisation hellénique (9) fut étendu par Honorius en 413 (10), et appliqué au testament transmis à l'empereur avec prière de l'enregistrer dans les bureaux de la chancellerie (11).

Le testament olographe est entièrement écrit de la main du testateur.

(1) L'absence de *signatio* rend le testament *imperfectum*. Le testament imparfait n'a de valeur que s'il institue les enfants ou les parents du testateur (*C.*, VI, 23, 21, 3) ; il peut aussi révoquer un testament antérieur lorsqu'il est fait au profit des héritiers ab intestat; mais le changement de volonté doit être attesté par 5 témoins (*eod.*, 21, 5).

(2) Théodose n'exige que l'apposition du cachet et la souscription, mais d'après un papyrus de Ravenne qui contient le procès-verbal d'ouverture d'un testament de l'an 474 (Savigny, *Verm. Schr.*, III, 141 ; Girard, *Textes*, 815). il y avait aussi une *superscriptio* à côté du cachet. Elle était, comme son nom l'indique, placée sur la partie extérieure du testament, tandis que la souscription était à l'intérieur. Ce n'était d'ailleurs qu'une souscription abrégee en raison de l'exiguïté de la place dont on disposait. Si Théodose n'en parle pas, c'est qu'elle constitue, non une formalité nécessaire, mais un moyen de reconnaître la personne qui a scellé le testament. Un témoin, qui appose son cachet sans *superscriptio*, fait un acte nul (Ulp., *D.*, XXVIII, 1, 22, 4.) — La double souscription des témoins se conçoit difficilement lorsque le testament est lié ou clos.

(3) *C.*, VI, 23, 28, 6.

(4) Ulp., *h. t.*, 21, 3. (Voir cep. *Nov. Val.*, 20, 2, 4.) *P. Caire*, 67151, l. 47-48, Cf. la règle de C. civ. 976 sur le testament mystique ou secret : « Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes. »

(5) *Inst.*, II, 10, 3. Dans *P. Caire*, 67151, l. 44, le testament est qualifié Πολιτικοπραιτόρια. Les 7 témoins sont citoyens romains pubères.

(6) *Nov. Theod.*, 16, 8. Cf. *C.*, V, 28, 8 ; VII, 2, 14.

(7) Justinien a soumis à des règles spéciales certains testaments : 1° les aveugles doivent tester en présence de 7 témoins et de l'archiviste de la cité, et leur donner connaissance du testament. A défaut de *tabularius*, on convoque un huitième témoin (*C.*, V., 22, 8) ; 2° les sourds-muets, qui sont devenus tels à la suite d'une maladie, peuvent, lorsqu'ils savent écrire, faire un testament olographe (*eod.*, 10, 1) ; 3° pour les testaments faits à la campagne, on n'exige que 5 témoins, et il suffit que l'un d'eux sache écrire; on se contentera de sa souscription. Mais le testateur doit faire connaître ses volontés à tous les témoins qui, après sa mort, deposeront sous la foi du serment. (*C.*, VI, 23, 31.)

(8) Arcad., *C.*, VI, 23, 18 (an. 397). En Orient, la déclaration est faite au bureau du cens *(apud officium censuale)*.

(9) *Ibid.*, 18 : *Mos... fidelissimæ vetustatis... in hac urbe. P. Oxy.*, 107 de l'an 123 ; 106 de l'an 135.

(10) En Occident l'acte est reçu par un magistrat quelconque investi de la juridiction ou un magistrat municipal (*Ibid.*, 19, 1). Le testament par acte public est aujourd'hui reçu par les notaires en présence de témoins. C. civ., 971-975.

(11) *Ibid.*, 19 pr. Le testateur conserve la faculté de le révoquer (*eod.*, 19, 2).

La présence de témoins n'est pas nécessaire (1). Ce mode de tester, dont la validité a été consacrée par Valentinien III, n'est admis par Justinien que dans le cas de partage d'ascendants.

Le testament, contenant un partage entre les enfants du disposant, avait été, depuis Constantin, favorisé par le législateur : fait au profit des héritiers siens, il était valable même en l'absence de témoins. Théodose II a étendu cette faveur au testament fait au profit des enfants qui ne sont pas en puissance; Justinien, au testament fait par la mère (2). Mais la Nov. 107, c. 1, exige que l'acte soit écrit et daté de la main du testateur et que les parts des héritiers soient exprimées en toutes lettres.

Les legs et fidéicommis faits à la femme du testateur ou à des tiers, les affranchissements contenus dans ce testament sont valables lorsque le testateur déclare devant témoins qu'il a écrit ces dispositions de sa main et qu'il entend leur donner effet, même si les formes requises pour la validité des testaments n'ont pas été observées.

§ 7. **Règles spéciales au testament des militaires.** — Depuis le règne de Trajan (p. 147), ce testament n'est soumis à aucune formalité. Les soldats sont libres de tester comme ils veulent et comme ils peuvent (3). Leur volonté, de quelque manière qu'elle soit exprimée, suffit pour régler la distribution de leurs biens (4). — Ce privilège n'est pas réservé aux soldats *in procinctu* : il leur appartient en temps de paix comme en temps de guerre, à dater du jour où ils sont inscrits dans un corps de troupe (5). Ils le conservent pendant toute la durée de leur service et pendant l'année qui suit leur congé, pourvu que ce soit un congé honorable (6). Le soldat garde son privilège, même s'il est condamné à une peine capitale pour un délit militaire, à moins qu'il n'ait violé son serment (7). Mais il ne peut tester s'il est fait prisonnier (p. 112).

La règle sur le testament des militaires a été modifiée par Justinien : il en a restreint l'application aux soldats en expédition (8).

(1) *Nov. Val.*, 20, 2, 1. Cf. C. civ., 970.

(2) *C. Th.*, II, 24, 1, 4; *Nov. Theod.*, 16, 1, 5; *C.*, VI, 23, 1, 3° : *parentibus utriusque sexus*. Cf. C. civ., 1075.

(3) Même les soldats sourds et muets (Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXIX, 1], 4). Mais il faut que la volonté de tester soit certaine : *convocatis ad hoc hominibus*. Ce testament n'est pas soumis à certaines règles de fond applicables aux autres testaments. Un soldat peut faire une institution pour une partie de ses biens (Ulp., *h. t.*, 6; Gaius, 17 pr.), sous un terme certain ou une condition extinctive (Ulp., 15, 4; 19, 2; Tryph., 41 pr.), il peut instituer un incapable, un déporté (Ulp., 13, 2), mais non une femme déshonorée avec laquelle il vit (Tryph., 41, 1; Pap., *D.*, XXXIV, 9, 14). Il peut faire un second testament sans révoquer le premier (Ulp., 19 pr.), disposer de tous ses biens sous forme de legs (Gaius, 17, 4). Son testament n'est pas rompu par la survenance d'un posthume (Ulp., 7), et ne peut être attaqué comme inofficieux (*D.*, V, 2, 27, 2).

(4) Par exception, un soldat ne peut ni léguer le fonds dotal de sa femme contrairement à la loi Julia, ni affranchir ses esclaves en fraude de ses créanciers, sauf pour avoir un héritier nécessaire (Ulp., *h. t.*, 15 pr.; Marcel., 29, 1).

(5) *Ibid.*, 42. Le privilège de tester *jure militari* est accordé aux soldats de la flotte (Ulp., *D.*, XXXVII, 13, 1, 1) et même aux citoyens romains, magistrats ou non, qui, se trouvant sur le territoire ennemi, y sont morts (*eod.*, 1 pr.).

(6) Arr., *h. t.*, 21. Les officiers qu'on remplace sans les congédier cessent d'être soldats et perdent leur privilège dès que leurs successeurs arrivent au camp.

(7) Ulp., *h. t.*, 11 pr.

(8) *C.*, VI, 21, 17.

II. Conditions de validité.

Ces conditions sont relatives soit à la capacité du testateur, de l'institué, des légataires et des témoins, soit à la façon dont l'institution doit être faite (1).

§ 1er. **Testamenti factio.** — Cette expression désigne la capacité de prendre part à un testament ou de bénéficier de ses dispositions. Anciennement, à l'époque du testament comitial, la capacité de tester appartenait aux citoyens *sui juris* qui avaient accès aux comices. Depuis l'introduction du testament par mancipation, la *testamenti factio* est une conséquence du *jus commercii* : ceux-là seuls qui jouissent de ce droit peuvent jouer le rôle de mancipant ou de *familiæ emptor*, de porte-balance ou de témoin. Mais dans le testament *per æs et libram* cette règle n'a pas été appliquée à l'institué qui reste étranger à la confection du testament.

1. Capacité du testateur. — Pour faire un testament valable, il faut avoir le droit de tester et la capacité de l'exercer.

a) Le droit de tester est réservé aux citoyens romains *sui juris* (2). Il est refusé aux pérégrins, aux déditices, aux Latins juniens, aux déportés (3). Il est refusé, à titre de peine, aux *intestabiles* et à ceux qui ont été condamnés à combattre dans l'arène ou à travailler dans les mines (4). Par exception le fils de famille militaire, bien qu'*alieni juris*, peut tester sur son pécule *castrense*; l'esclave public, jusqu'à concurrence de la moitié de son pécule (p. 147; 82).

Le captif est incapable de tester, mais s'il meurt en captivité il est, par une fiction, réputé mort au moment où il a été fait prisonnier ; par suite, le testament qu'il a fait antérieurement conserve sa valeur (5). La loi Cornelia avait réglé la question d'une autre manière : au lieu d'antidater le décès, elle avait prorogé fictivement la capacité du captif qui était réputé mort *in civitate* (6). A défaut de testament, les biens du captif reviennent à ses héritiers légitimes.

Au Bas-Empire, on a créé de nouvelles incapacités : la veuve qui a

(1) Gaius, II, 114; Pomp., *h. t.*, 16 pr.; Serv., ap. Cic., *ad fam.*, VII, 21.

(2) Pap., *D.*, XXVIII, 1, 3 : *Testamenti factio non privati sed publici juris est.* Le testateur doit savoir qu'il est citoyen et *sui juris* (Ulp., *eod.*, 15; Paul, *eod.*, 14). Les femmes *sui juris* devraient être capables de tester, avec l'*auctoritas* de leur tuteur, depuis que le testament a lieu par mancipation. Cette conséquence fut admise pour les affranchies mais non pour les ingénues : on peut compter sur la vigilance du tuteur lorsqu'il est le patron de la testatrice ; on peut craindre la négligence d'un tuteur testamentaire pour sauvegarder les droits de la famille agnatique. Lorsque le système successoral des Douze Tables commença à être délaissé, la pratique imagina l'expédient de la *coemptio* fiduciaire qui transforme l'ingénue en une affranchie (p. 221). Un Sc. du temps d'Hadrien dispensa les femmes de cette formalité : les ingénues furent dès lors capables de tester *tutore auctore.* Gaius, I, 115.

(3) Ulp., *D.*, XXXII, 1, 2-3. Ceux qui ont été relégués dans une île, bannis de l'Italie ou de leur province, conservent la capacité de tester. *Ibid.*, 8, 3.

(4) Gaius, *h. t.*, 15. Cf. p. 109.

(5) Ulp., *D*, XLIX, 15, 18. Cette fiction est due à la jurisprudence, elle a été introduite *juris ratione* (Pap., *eod.*, 10 pr.); c'est à tort que certains auteurs l'attribuent à la loi Cornelia. La fiction de la loi est tout autre. Les effets des deux fictions ne sont pas les mêmes : Jul., *D.*, XXVIII, 6, 28.

(6) Ulp., XXIII, 5 ; Paul, *D.*, XXXV, 2, 1, 1. Cf. p. 112.

négligé de demander un tuteur pour son enfant impubère, le tuteur qui n'a pas fait l'inventaire des biens de son pupille, sont déchus du droit de tester (1).

b) Certaines personnes ont le droit de tester, mais sont, en fait, incapables de l'exercer : les impubères (2), les fous, les prodigues. Elles n'ont pas de volonté, ou leur volonté est trop faible. Les muets ou les sourds sont incapables parce qu'ils ne peuvent prononcer ou entendre les paroles consacrées ; mais ils peuvent être relevés de cette incapacité par la faveur du prince. Justinien leur a reconnu la capacité de tester (3).

La capacité de droit est exigée à deux époques : lors de la confection du testament et lors du décès. La capacité de fait n'est requise que pour la confection du testament.

2. Capacité des témoins. — Pour être témoin d'un testament, porte-balance ou *familiæ emptor,* il faut, en principe, la même capacité que pour tester. Par exception les Latins Juniens, les citoyens *alieni juris* peuvent prendre part à un testament, bien qu'ils soient incapables de tester. A l'inverse, une personne capable de tester ne peut être témoin du testament où elle est instituée héritière. Il en est de même d'une personne placée sous sa puissance ou sous la puissance du testateur ou du *familiæ emptor*. Le chef de famille de l'héritier ne peut pas non plus être témoin ou porte-balance. Mais celui qui a été prié d'écrire le testament peut servir de témoin (4).

3. Capacité de l'institué (5). — En principe, l'institué doit être citoyen romain, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit *sui juris :* il s'agit en effet d'une acquisition. On peut donc instituer un fils de famille, ou même un esclave s'il a un maître capable d'être institué par le testateur. L'esclave sans maître ne peut être institué. Les pérégrins sont incapables, excepté les Latins qui ont le *commercium* (p. 93, 2).

Sont aussi incapables les *intestabiles*, les femmes dans le cas prévu par la loi Voconia (6). Cette loi, votée l'an de Rome 585 grâce à l'appui de Caton l'ancien, défend aux citoyens inscrits au cens pour une fortune d'au moins 100000 as d'instituer une femme pour héritière (7). N'ayant en vue que les successions testamentaires, elle n'empêchait nullement les filles des citoyens riches de recueillir ab intestat l'hérédité paternelle (8). Elle consacrait partiellement un ancien usage : l'institution

(1) *C. Th.*, III, 18, 2 (an 372). Autres incapacités : *C. Th.*, III, 12, 3 (an 396); XVI, 2, 27 (an 390); *C.*, I, 54, 5. Cf. p. 214.

(2) Le terme de l'impuberté fut ici, de bonne heure, fixé à 14 ans. Gaius, II, 113; Alex., *C.*, VII, 64, 2. La doctrine Sabinienne sur l'*habitus corporis* était inapplicable. Cf. Collinet, *N. R. H.*, XXIV, 369.

(3) Macer, *h. t.*, 7; *C.*, VI, 22, 10, 2-5.

(4) Cels., *h. t.*, 27. Cf. Appleton, *Quæstio Domitiana*, 13.

(5) Les militaires peuvent instituer qui bon leur semble. Gaius, II, 210; Caracalla, *C.*, VI, 21, 5.

(6) Les Vestales seules étaient exceptées, mais elles étaient incapables de succéder ab intestat.

(7) Liv., *Ep.*, 41; Gell., XX, 1; Cic., *Verr.*, II, 1, 42; Gaius, II, 274. D'après Cicéron (*ib.*, 41), la loi fut votée pendant la censure de Postumius et de Fulvius, c'est-à-dire de 580 à 585; d'autre part, Caton, né en 520, avait alors 65 ans (*De senectute*, 5, 14). La loi est donc de 585.

(8) Cic., *l. c.*; Augustin, *De civit. Dei*, III, 21.

d'une femme répugnait à l'esprit de l'ancien droit; on ne devait pas choisir, pour continuer la maison du *de cujus*, une personne incapable de la diriger sans le secours d'un tuteur. Mais on restreignit l'application de la loi aux citoyens dont la fortune avait une certaine importance : pour eux seuls, l'abandon de l'ancien usage parut dangereux (1).

La loi Voconia fut accueillie avec peu de faveur : elle créait une inégalité entre les citoyens. On ne tarda pas à trouver le moyen de l'écarter. Elle visait uniquement les citoyens inscrits sur les registres du cens : cette inscription était obligatoire, et l'on ne pouvait s'y soustraire sous peine d'être vendu comme esclave. Mais lorsqu'en 587, après la conquête de la Macédoine, le tribut payé par les citoyens fut supprimé en fait (2) sinon en droit, bien des citoyens négligèrent de se faire inscrire sans qu'on songeât à leur appliquer la peine édictée contre les *incensi*. Ils échappaient ainsi à la loi Voconia qui finit par tomber en désuétude.

Sont encore incapables les personnes incertaines, c'est-à-dire celles que le testateur n'a pas déterminées d'une façon précise, comme la première personne qui viendra à ses obsèques (3); les personnes juridiques. Cette incapacité n'existait pas encore au début de l'Empire (4), mais vers la fin du Ier siècle, lorsque la notion de la personne juridique eut été dégagée par la jurisprudence, on eut des scrupules à considérer comme continuant le culte et la maison du défunt une personne qui n'a pas d'existence réelle (5). L'incapacité devint la règle pour les cités, les corporations, les divinités, mais cette règle reçut diverses exceptions (6). On admit par exemple l'institution d'une cité par ses affranchis : c'était une conséquence du droit de propriété que la cité avait sur ses esclaves (p. 119).

Au Bas-Empire, cette incapacité a disparu : les personnes incertaines, les cités, les établissements religieux peuvent être valablement institués (7). De nouvelles incapacités ont été créées : les hérétiques, les apostats sont incapables de tester et d'être institués (8). Les enfants naturels ont une capacité restreinte à 1/12 en présence d'héritiers légitimes; à la moitié dans le cas contraire (9). La Novelle 89 (c. 12, 3) a supprimé cette dernière restriction.

La capacité de l'institué doit exister à trois époques (10) : *a*) Lors de

(1) Aulu-Gelle range la loi Voconia parmi les lois somptuaires. D'après Quintilien (*Decl.*, 264), elle eut pour but d'empêcher les femmes d'acquérir de trop grandes richesses et, par suite, trop de puissance dans la cité.

(2) Plin., *H. n.*, XXXIII, 11, 56 ; Cic., *de off.*, II, 22.

(3) Gaius, II, 238 ; Ulp., XXII, 4; *h. t.*, 9, 9. Le testateur ne peut confier à un tiers le choix de l'héritier. Gaius, *eod.*, 32 pr.

(4) Tac., *Ann.*, IV, 43. Sous le règne de Claude, un citoyen exilé de Rome s'était fixé à Marseille et avait laissé tous ses biens à cette ville : le Sénat autorisa la cité à recueillir la succession.

(5) Ulp., XXII, 5 : *quoniam incertum corpus est.* Plin., *Ep.*, V, 7.

(6) Diocl., *C.*, VI, 24, 8; Ulp., XXII, 6. Colonie de Leptis : Jul., *D.*, XXVIII, 6, 30. Cf. p. 116.

(7) *C.*, VI, 24, 12; I, 2, 26.

(8) Val., *C.*, I, 7, 2 ; Theod., II, 4; Honor., *C.*, I, 5, 4 ; Theod., 5.

(9) Just., *C.*, V, 27, 8.

(10) Flor, *h. t.*, 50, 1 : *Tria tempora inspicimus. Inst.*, II, 19, 3.

la confection du testament. Le testament qui instituerait un incapable serait entaché d'un vice originaire, qu'un événement postérieur ne saurait effacer (1). *b)* Lors du décès du testateur ou, si l'institution est conditionnelle, à l'arrivée de la condition (2). On n'a pas à se préoccuper d'une incapacité temporaire postérieure au testament et qui aurait cessé avant la mort du testateur : *media tempora non nocent* (3). *c)* Dans l'intervalle qui sépare la délation de l'acquisition de l'hérédité. L'incapacité survenue avant l'adition rend le testament caduc *(desertum)*, s'il n'y a pas d'autre institué.

§ 2. **Institution d'héritier.** — L'institution d'héritier est essentielle à la validité du testament (p. 681). Le sort de toutes les autres dispositions en dépend.

1. Forme. — En principe, l'institution doit être écrite en tête du testament (4). Elle doit être formelle : le testateur doit, comme un législateur, exprimer sa volonté d'une manière précise. On exigea pendant longtemps la formule impérative : *Titius heres esto.* On admit ensuite des équivalents (5). La désignation de l'héritier put même être réservée pour un codicille postérieur (6).

L'institution doit être universelle : c'est la conséquence de la règle qui exclut le concours d'héritiers ab intestat et testamentaires. *a)* L'héritier doit être institué pour le tout *(ex asse)*; c'est un successeur universel. Il y aurait contradiction à limiter l'institution à une chose ou à une quantité déterminée. Une institution *ex re certa* devrait donc être nulle : mais Sabinus a fait admettre que l'on supprimerait la mention de la *res certa* (7). *b)* L'héritier doit être institué pour toujours : *semel heres, semper heres* (p. 738). L'apposition d'un terme suspensif ou extinctif aurait pour effet de vicier le testament; mais ici, comme pour l'institution *ex re certa,* on supprime la mention du terme, et l'institution est considérée comme pure et simple (8).

2. Modalité. — La seule modalité que comporte l'institution d'héritier, c'est la condition *suspensive.* On n'a pas cru pouvoir ici, comme pour le terme suspensif, supprimer la condition : tandis que le terme prolonge la vacance de l'hérédité sans profit pour personne, la condition, surtout lorsqu'elle consiste en un fait qu'il dépend de l'héritier d'accomplir, comme la construction d'un tombeau, mérite d'être respectée. C'est le meilleur moyen que le testateur puisse employer

(1) Jav., *D.*, L, 17, 201. Cf. p. 125, 4.

(2) Lorsqu'un esclave est institué par son maître *pure* et affranchi *ex die*, l'institution est valable bien qu'au décès du testateur, l'esclave n'ait pas encore la capacité juridique. C'est une exception admise pour une raison analogue à celle qui a été consacrée par la loi Ælia Sentia (p. 100, 1) Cf. Fadda, *Diritto ereditario*, I, 161.

(3) Ulp., *h. t.*, 6, 2; Cels., 60, 4.

(4) Les Sabiniens tenaient pour non avenue toute clause qui précédait l'institution. Mais les Proculiens refusaient d'appliquer cette règle à la nomination d'un tuteur qui ne pouvait être considérée comme une charge de l'hérédité (Gaius, II, 231). Trajan permit de commencer par une exhérédation. Ulp., *h. t.*, 1 pr.

(5) *Titium heredem esse jubeo* (Gaius, II, 117).

(6) Pap., *h. t.*, [*D.* XXVIII, 5], 77.

(7) Cette opinion, dit Celsus (ap. Ulp., *h. t.*, 9, 13), est très commode (*expeditissima*) : en cas de doute elle dispense de rechercher l'intention du testateur. Cf. Ulp., *h. t.*, 1, 4 ; Pap., *D.*, XXVIII, 6, 41, 8.

(8) Pap., *h. t.*, 34.

pour assurer l'exécution de sa volonté. Lorsqu'il s'agit d'une condition d'une nature différente (1), soit d'une condition casuelle, soit d'une condition potestative négative, l'institué est autorisé à prendre immédiatement possession des biens héréditaires : le Préteur lui accorde à titre provisoire la *bonorum possessio secundum tabulas,* en lui faisant promettre de restituer les biens aux héritiers ab intestat si la condition vient à défaillir (2), ou s'il contrevient à la prohibition imposée par le testateur (3).

Les conditions de faire soulèvent parfois des difficultés d'interprétation ; on les résout par application du principe formulé par Papinien: on s'attache à l'intention plutôt qu'aux paroles du testateur. De là deux conséquences : la condition qui n'est pas accomplie par la faute de l'héritier est réputée accomplie; la condition de faire, qui dépend de la volonté de l'héritier et de celle d'un tiers, est réputée accomplie, lorsque, par le refus du tiers, elle ne peut se réaliser (4). — Le même principe a vraisemblablement conduit la jurisprudence à traiter comme une condition le *terme incertain* (5). On entend par là un événement qui arrivera sûrement, mais à une date indéterminée : la mort d'une personne (p. 780).

La condition suspensive, pour être valablement apposée à une institution d'héritier, doit être possible : la condition *impossible* est réputée non écrite (6). Cette décision se justifie par la faveur due aux testaments, par le désir d'empêcher le défunt de mourir intestat. Les Sabiniens en ont fait une règle de droit et l'ont appliquée aux legs.

Les conditions *illicites* ou *immorales* ont été pendant longtemps

(1) Cf. Pomp., *h. t.*, 23, 1 et 2.

(2) P. 704, 9.

(3) Pour la condition de ne pas faire, on a étendu à l'institution d'héritier l'application de la caution Mucienne établie en matière de legs. Il est très douteux que cette extension remonte à l'époque classique. On ne voit pas quel avantage il y avait à donner l'hérédité à qui pouvait obtenir la *b. p.*; on aperçoit plutôt des difficultés. A qui la caution devait-elle être fournie ? Aux cohéritiers, aux substitués, mais s'il n'y en a pas? Ces doutes se fortifient si l'on remarque que les textes relatifs à cette application de la caution Mucienne se réduisent à trois ; or, Scialoja a établi (*Bull. dir. R.*, XI, 269) que l'un d'eux a été interpolé (Gaius, *D.*, XXXV, 1, 18, n'a pu dire d'un héritier : *is cui aliquid relictum est*) ; l'autre (Ulp., *eod.*, 7) a été remanié : c'est la reproduction d'une décision de Labéon (*D.*, XXVIII, 7, 20 pr.) qui ne faisait aucune allusion à notre caution ; le troisième (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 4, 1) parle bien d'une caution, mais non de la caution Mucienne : la condition qui la motive est une condition perplexe et temporaire, et non une condition potestative négative qui retarde l'acquisition jusqu'au décès du gratifié. Il est donc probable que l'assimilation de l'institution au legs quant à la caution Mucienne est l'œuvre de Justinien. La *Nov.* 22, c. 44, 2-7 a réglé les difficultés soulevées par cette innovation et déterminé en quoi consiste la garantie.

(4) Jul., *D.*, XXXV, 1, 24; Marcel., *h. t.*, [*D.*, XXVIII, 7], 23.

(5) Pap., *D.*, XXXV, 1, 75 : *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Instituer Primus pour le jour du décès de Secundus, c'est comme si l'on instituait Primus pour le cas où il survivrait à Secundus. Il faut en effet que Primus soit vivant et capable au décès de Secundus pour qu'il puisse profiter de l'institution (Pomp., *eod.*, 1, 2. Cf. Bufnoir, *Condition*, 9; Machelard, *Dissertations*, 542).

(6) Serv., ap. Alf., *h. t.*, 45; Pomp., *D.*, XXXV, 1, 6, 1. Le texte d'Alfenus pourrait faire croire que la règle a été formulée par Servius, mais la phrase *quia id quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet* n'a pu être écrite par ce jurisconsulte. Le mot *impossibilis* n'apparaît pas dans la langue latine avant Quintilien (III, 8, 25). Labéon (*h. t.*, 20 pr.) et Julien (*D.*, XXX, 104, 1) emploient encore le mot ἀδύνατος. Cf. Scialoja, *Bull. dir. R.*, XIV, 214.

traitées autrement que les conditions impossibles : elles pouvaient être l'objet d'une *remissio* (1). Au IIIe siècle, une opinion plus radicale se fait jour : Marcien affirme que les conditions illicites, immorales ou dérisoires, apposées à une institution, sont réputées non écrites. C'est une grave innovation : jusqu'alors la remise de la condition devait être demandée au magistrat qui pouvait l'accorder ou la refuser, et dans ce dernier cas l'institution était nulle (2).

§ 3. **Pluralité d'institutions.** — La vocation de l'héritier à la totalité de la succession n'empêche pas le testateur d'instituer plusieurs héritiers simultanément (*coheredes*), ou l'un à défaut de l'autre (*substituti*).

a) Institution ex parte. — Les héritiers, institués simultanément, peuvent être appelés à une part distincte, égale ou inégale à celle de leurs cohéritiers; ils peuvent aussi être appelés sans assignation de part. Dans le premier cas, le testateur doit veiller à ce que les diverses parts attribuées aux institués comprennent toute l'hérédité. Si la somme de ces parts est inférieure à l'unité, la fraction qui reste est attribuée aux institués proportionnellement à leur part héréditaire (3) ; l'excédent leur est enlevé dans le cas contraire.

En principe, le testateur est libre de faire de sa fortune autant de parts qu'il veut; mais dans l'usage, l'hérédité se divise, comme la livre romaine (*as*), en 12 onces. Le testateur est présumé s'être conformé à l'usage toutes les fois qu'il a négligé d'indiquer les parts de tous les héritiers. Si le nombre de douzièmes assignés à quelques-uns des héritiers est égal ou supérieur à 12, le testateur est présumé avoir divisé son hérédité en deux *as* au lieu d'un, en 24 onces au lieu de 12 (4).

b) Institution ex re certa. — Si le testateur a institué plusieurs héritiers, chacun pour une chose déterminée, la jurisprudence s'est efforcée de concilier les exigences de la loi avec le respect dû à la volonté du défunt. Elle considère les institutions comme faites sans réserve (5) ; par suite elles sont valables et les héritiers se partagent également

(1) Pomp., *h. t.*, 7 : *Placet remitti iis conditionem, quia ad fraudem legum respiceret*.. Paul., *eod.*, 9 : *Conditiones quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt*.

(2) *D.*, XXVIII, 7, 14. L'idée première de ce pouvoir attribué au magistrat avait été consacrée par l'Edit. L'édit visait le cas où l'héritier avait été institué sous la condition de jurer d'accomplir certaines charges qui par elles-mêmes n'étaient pas obligatoires (Cic., 2ª *in Verr.*, I, 47, 123, 124 ; Lab., ap. Jav., *D.*, XXIX, 2, 62 ; Ulp., *h. t.*, 8 pr.). La jurisprudence en étendit l'application aux conditions illicites ou immorales. Ce système avait l'avantage de permettre à un magistrat consciencieux d'examiner si le testateur avait ou non entendu disposer sérieusement. Cette sage réserve n'a pas été maintenue au IIIe siècle. Peut-être les magistrats de cette époque avaient-ils cessé d'user de leur droit, et accordaient-ils, les yeux fermés, la remise des conditions illicites ou immorales. On trouva dès lors plus simple de se passer de l'intervention du magistrat et de réputer la condition non écrite. Cette règle trop absolue a été plus d'une fois écartée dans la pratique ; on a dû rechercher si le testateur jouissait de toute sa raison (Mod., *h. t.*, 27 pr.).

(3) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXVIII, 5], 13, 2-4.

(4) Sab., ap. Paul., *h. t.*, 18. Ces difficultés et autres semblables furent examinées en détail et résolues à la fin de la République et au début de l'Empire. Cf. Serv., ap. Ulp., *eod.*, 17, 2; Treb., 13, 7; Ofil., 17, 5 : Lab., 13 pr., 5, 6; 17 pr., 4, 5; Peg., Aristo, 19; Jav., 14.

(5) Sab., ap. Paul., *eod.*, 10 ; Proc., ap. Jav., 11. Il en est de même si l'un des héritiers a été institué pour les biens que le testateur possédait en Italie, l'autre pour ceux qu'il avait en province (Ulp., *h. t.*, 35.

l'hérédité tout entière. Mais le juge de l'action en partage doit attribuer à chacun d'eux (1) la chose que le testateur a entendu lui donner, soit en l'imputant sur sa part, soit, si elle a une valeur supérieure, comme s'il existait un legs par préciput à son profit. Cette attribution ne modifie d'ailleurs en rien la situation de chacun des héritiers vis-à-vis des créanciers de la succession (2). Sous Justinien, l'institué *ex re certa* est traité comme un légataire (3).

§ 4. **Accroissement entre cohéritiers.** — Lorsqu'un des héritiers institués fait défaut, tout se passe comme s'il n'avait pas été nommé dans le testament, comme si l'hérédité tout entière avait été laissée à son cohéritier. L'héritier qui accepte la succession profite de la part caduque de son cohéritier. Il y a pour lui un *jus adcrescendi* fondé, non pas sur la volonté du testateur dont on ne tient pas compte, mais sur la règle de droit qui interdit le concours des héritiers testamentaires et ab intestat. Chaque héritier, institué même pour la part la plus minime, est appelé éventuellement à devenir le successeur universel du testateur (4).

Le testateur ne peut pas écarter d'une manière absolue le droit d'accroissement; mais il peut en modifier l'application en instituant *conjunctim* deux ou plusieurs des cohéritiers. Dans ce cas la part caduque de l'un d'eux profite exclusivement au cohéritier qui lui a été conjoint. La *conjunctio* confère un droit de préférence (5). Elle peut avoir lieu de trois manières : lorsque le testateur appelle deux de ses héritiers à une même part de la succession et par une même phrase (*conjunctio re et verbis*) (6); lorsque ces deux héritiers sont appelés à une même part par deux phrases distinctes *(conjunctio re tantum)* (7); lorsque deux des héritiers sont institués dans une même phrase *(conjunctio verbis)*, on présume qu'ils sont appelés à la même part (8).

L'héritier ne peut renoncer au droit d'accroissement. L'accroissement est forcé (9) ; il s'opère même après le décès de l'institué qui a accepté la succession : cet institué est censé avoir acquis en même temps la part caduque et celle qui lui était déférée; par suite ses héritiers profiteront de l'accroissement : *Portio portioni adcrescit* (10). Mais l'accroissement n'entraîne pas la charge des legs et fidéicommis qui grevaient la part caduque : il a lieu *sine onere* (11). Cette dernière règle

(1) Papinien (*eod.*, 79) prévoit le cas où la *res certa* au lieu d'être une chose corporelle, consiste en une *universitas juris*.
(2) Cf. Pellat, *Textes choisis*, p. 328.
(3) *C.*, VI, 24, 13.
(4) Cels. *D.*, XXXII, 80 : *Totam hereditatem... singulis datam esse : partes autem concursu fieri*. Cf. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 6.
(5) Lab., ap. Ulp., *h. t.*, 17, 4; Proc., ap Jav., 11; ap. Cels., 59, 2.
(6) Paul, *D.*, L, 16, 142 : *Conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti : Titius et Mævius ex parte dimidia heredes sunto.*
(7) La question était encore douteuse au temps de Julien (Ulp., *h. t.*, 15 pr.).
(8) Proc., ap. Cels., *h. t.*, 59, 2 : *Titius heres esto*; *Seius et Mævius heredes sunto. Verum est, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur.* Il en est autrement dans les cas cités par Pomp. ap. Q. Muc., *eod.*, 66.
(9) Jav., *D.*, XXIX, 2, 76 pr.; Gaius. *eod.*, 63, 1; Ulp., *eod.*, 35 pr. Cf. sur les exceptions à cette règle, Machelard, p. 12, 1.
(10) Jul., *D.*, XXXV, 1, 26, 1; cf. Paul. *D.*, XXIX, 2, 80, 2.
(11) Cels., *D.*, XXXI, 29, 2; Jul., ap. Ulp., *eod.*, 61, 1.

fut abandonnée au IIIe siècle, par application d'un rescrit de Sévère et Caracalla qui a imposé au substitué les charges dont l'institué était grevé (1).

§ 5. **Substitutions.** — Le testateur peut instituer plusieurs héritiers l'un à défaut de l'autre : à côté de l'institution, il fait une ou plusieurs substitutions. A son décès, la succession sera offerte à l'héritier institué : si l'institué ne peut ou ne veut l'accepter, on l'offrira à celui qui a été désigné en seconde ligne, au substitué ; à défaut de celui-ci, on appellera l'héritier désigné en troisième ligne, et ainsi de suite (2). En multipliant les substitutions, le testateur diminue ses chances de mourir intestat (3).

1. SUBSTITUTION VULGAIRE. — La substitution est une institution conditionnelle (4); elle est soumise à toutes les règles applicables aux institutions. Elle se combine ordinairement avec une *cretio vulgaris* : la substitution s'ouvre si l'institué n'a pas accepté dans les 100 jours (p. 737). Anciennement, alors qu'on s'attachait surtout aux termes employés par le testateur, on n'admettait pas d'équivalent à la *cretio*. Mais lorsqu'on posa en principe qu'il y avait lieu de tenir compte de l'intention du testateur, on admit, dans le cas où la *cretio* n'était pas suivie d'une clause d'exhérédation *(cretio imperfecta)*, qu'un acte de gestion suffirait pour exclure le substitué (5). Par application de la règle nouvelle sur l'interprétation des institutions conditionnelles, Sévère et Caracalla décidèrent que le substitué d'un substitué serait présumé substitué à l'institué (6). Exceptionnellement, le substitué passait avant l'institué lorsque le testateur mort insolvable avait institué un de ses esclaves en lui donnant la liberté et lui avait substitué un homme libre. La loi Ælia Sentia n'admet l'affranchissement testamentaire fait en fraude des créanciers, que si nul autre héritier ne peut venir à la succession en vertu du testament (p. 100, 1).

La substitution dont il vient d'être parlé a été qualifiée *vulgaire* pour la distinguer d'une autre espèce de substitution qu'on appelle *pupillaire*. La première peut être faite par tout testateur ; la seconde est un attribut de la puissance paternelle (7).

2. SUBSTITUTION PUPILLAIRE. — Envisagée à la fin de l'époque clas-

(1) ULP., *D.*, XXX, 74. L'héritier qui profite de l'accroissement est *quasi substitutus* (ULP., *D.*, XXXI, 61, 1 ; PAUL, *eod.*, 49, 4).

(2) GAIUS, II, 176 ; MOD., *h. t.* [*D.*, XXVIII, 6], 1 pr. ; MARC., 36 ; ULP., *D.*, XXIX, 1, 13, 4.

(3) Cf. le testament de Dasumius de l'an 108 : *CIL.*, VI, 10229.

(4) PAUL, *D.*, XXXV, 2, 1, 13 ; GAIUS, II, 174.

(5) Sabinus avait proposé de distinguer suivant que l'acte de gestion avait eu lieu pendant ou après le délai de la *cretio* : dans le premier cas, le substitué était exclu ; dans le second, il venait en concours avec l'institué (GAIUS, II, 178). C'était une sorte de transaction entre la règle ancienne et la règle nouvelle. Tibère a rendu une décision analogue, inspirée sans doute par Sabinus qui jouissait auprès de lui d'un grand crédit. (POMP., *D.*, XXVIII, 5, 42 ; cf. JUL., 40). Marc-Aurèle a écarté cette distinction (ULP., XXII, 34).

(6) *Inst.*, II, 15, 3. Cette décision, déjà proposée par Julien (*h. t.*, 27), n'était admise par d'autres jurisconsultes que sous certaines distinctions (PAUL, *h. t.*, 41) qui rappellent l'époque où l'on attachait plus d'importance aux paroles qu'à l'intention du testateur.

(7) GAIUS, II, 181 ; POMP., *h. t.*, 14.

sique, la substitution pupillaire est la clause par laquelle un père de famille désigne dans son testament l'héritier de son fils impubère (1) pour le cas où cet enfant viendrait à mourir avant d'arriver à l'âge de la puberté (2). C'est un moyen d'atténuer l'inconvénient de la règle qui déclare un impubère incapable de tester. Il y a là une double anomalie : en règle générale, il n'est pas permis de tester pour autrui ; le testament est l'expression de la volonté de celui à qui les biens appartiennent. Ici le père fait le testament de son fils; — la substitution est, comme son nom l'indique, une institution en sous-ordre. La substitution pupillaire n'est à vrai dire qu'une institution. Le substitué n'est pas appelé à défaut de l'institué : il est le seul institué, le seul héritier du fils. Ces anomalies s'expliquent historiquement.

a) *Notion antique.* — La substitution pupillaire du droit classique n'est qu'une image défigurée de ce qu'elle était à l'époque antérieure. La substitution pupillaire a dû être une substitution avant de devenir une simple institution. En général, le père instituait son fils et lui substituait un tiers qui était à la fois substitué vulgaire et substitué pupillaire : substitué vulgaire, si le fils mourait avant son père; substitué pupillaire, s'il mourait après, mais encore impubère. Il y avait une double substitution (3).

Deux faits prouvent qu'anciennement on ne considérait pas le père comme faisant le testament d'autrui. Il ne peut faire une substitution pupillaire sans faire son propre testament (4) : cette condition n'aurait pas de raison d'être si l'on ne considérait les biens du fils comme se confondant avec ceux du père (5). Toute personne qui a vis-à-vis du père la qualité d'héritier nécessaire est également l'héritier nécessaire du fils : tel est par exemple le frère de l'impubère (6).

Cette façon d'envisager la substitution pupillaire est un vestige du régime de la propriété familiale; le fils n'avait d'autre patrimoine que celui qu'il héritait de son père; et l'on n'avait pas à prévoir, tant qu'il restait impubère, une acquisition de biens d'une autre provenance. Après l'introduction du régime de la propriété individuelle, il arriva parfois que le fils acquérait, après la mort du père et avant la puberté, des biens adventices. Devait-on les attribuer aux agnats comme une succession ab intestat, ou au substitué désigné par le père, comme un accessoire de l'hérédité paternelle ? La question fut discutée au temps

(1) Ou posthume : Ulp., *h. t.*, 2 pr.

(2) La mère, n'ayant pas la puissance paternelle, ne peut faire de substitution pupillaire : elle peut seulement instituer son fils sous la condition qu'il atteindra l'âge de la puberté, et dans le cas contraire faire une substitution vulgaire (Afr., *h. t.*, 33 pr.). Mais ici le substitué n'a pas droit aux biens acquis par le fils depuis la mort de sa mère.

(3) Cic., *De inv.*, II, 42; Ulp., *h. t.*, 2, 5; Mod., 1, 1. Cet usage est confirmé par certaines locutions qui se sont maintenues à l'époque classique : *Heredis substitutio duplex* (Mod., *l. c.*); *in utrumque casum, in utrumque eventum substituere* (Ulp., 4 pr.), par opposition à *in vulgarem tantummodo casum substituere*.

(4) Mod., *h. t.*, 1, 3,

(5) Cf. la formule rapportée par Cic., *De inv.*, II, 42 : *Tum mihi secundus heres esto.* Papinien lui-même, parlant des legs imposés au substitué pupillaire, dit : *Pater legavit de suo* (*D.*, XXXV, 2, 11, 5). Cf. Costa, *Papiniano*, II, 145.

(6) Carac., ap. Ulp., *h, t.*, 2, 4; Ulp., *eod.*, 10, 1.

de Cicéron, et résolue en faveur du substitué. Il parut impossible de faire abstraction ici de la personne du fils, et dès lors on fut forcé d'appliquer la règle qui interdit le concours des héritiers ab intestat et testamentaires. Tel fut le point de départ du changement qui s'est produit dans la notion de la substitution pupillaire.

b) Notion classique. — Au lieu de considérer le père comme disposant de ses propres biens, on admet qu'il fait par anticipation le testament de son fils. C'était la seule manière de justifier théoriquement l'attribution des biens adventices au substitué. Ce changement coïncida avec l'introduction d'un nouveau mode d'interprétation des testaments (1) : au temps de Cicéron, P. Crassus soutint contre Q. Mucius, qu'il fallait s'attacher à l'intention du testateur plutôt qu'à la lettre du testament; il fit prévaloir cette opinion dans la célèbre *causa Curiana*. Désormais le substitué pupillaire du fils fut présumé substitué vulgaire du père. La réciproque fut admise par Marc-Aurèle et Verus (2) : le substitué vulgaire du père fut présumé substitué pupillaire du fils dans le cas où celui-ci mourait impubère. Dans les deux cas, le testateur a manifesté la volonté de préférer le substitué à tout autre qu'à son fils.

Ce changement dans la notion et dans l'interprétation de la substitution pupillaire fut consacré par la coutume (3); il entraîna quelques conséquences importantes : le substitué pupillaire put être appelé à une succession composée exclusivement de biens adventices; le père conserva le droit de nommer un substitué pupillaire, dans le cas même où il exhérédait son fils (4); l'hérédité du père et celle du fils furent traitées comme deux hérédités distinctes (5). A tous autres égards, le droit antérieur fut maintenu

c) Survivance partielle de la notion antique. — Le testament du fils est considéré comme un accessoire du testament paternel. Ordinairement il est contenu dans le même acte, et l'on n'a pas besoin d'observer deux fois les formes prescrites pour la confection d'un testament. — La désignation du substitué doit, à peine de nullité, être écrite après celle de l'institué (6). Mais on peut faire la substitution par un acte postérieur et distinct (7), et il était prudent de le faire pour assurer le secret des dispositions relatives à l'hérédité du fils : on n'avait pas à craindre que le substitué ne cédât à la tentation de hâter la mort de l'enfant pour recueillir sa succession (8). — Si en fait il y a souvent deux testaments,

(1) MARCEL., *D.*, XXXIV, 5, 24; cf. SCÆV., *D.*, XXXI, 88, 17.
(2) CIC., *De or.*, I, 39; QUINTIL., VII, 6. ULP., *h. t.*, 4 pr.
(3) *Ibid.*, 2 pr.
(4) GAIUS, II, 182; ULP., *h. t.*, 10, 5.
(5) ULP., *h. t.*, 2, 4 : *Constat... unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates.* *D.*, XVIII, 4, 2, 2.
(6) ULP., *h. t.*, 2, 4. Il en conclut (10 pr.) que si plusieurs personnes sont appelées à la succession du père comme instituées, à celle du fils comme substituées, l'acceptation de la première ne leur confère pas sur l'hérédité du fils un droit transmissible; la substitution ne s'ouvrira qu'au profit des survivants. Un siècle plus tôt, Neratius enseignait le contraire (*D.*, XXIX, 2, 59).
(7) POMP., *h. t.*, 16, 1. Même en la forme nuncupative, alors que le testament paternel est écrit (ULP., *h. t.*, 20, 1).
(8) CIC., *p. Cluent.*, 11; GAIUS, II, 181. Cf. BOISSIER, *Revue des Deux Mondes*, 1902, XI, 503.

en droit il n'y en a jamais qu'un (1) : si le testament du père tombe, celui du fils tombe en même temps; mais si le testament conserve quelque effet, cela suffit pour que la substitution soit maintenue (2).

Il y a encore quelques applications de la conception antique de l'unité des deux hérédités : si une même personne est appelée à la succession du père comme instituée et à celle du fils comme substituée, elle ne peut pas accepter celle du père et répudier celle du fils (3). La substitution pupillaire perd toute valeur lorsque l'enfant atteint l'âge de la puberté, ou lorsqu'il sort de la puissance de son père du vivant du testateur (4).

En somme, la substitution pupillaire procède d'une pensée analogue à celle qui a fait établir la tutelle testamentaire. Dans les deux cas, la puissance paternelle se survit à elle-même jusqu'à l'époque de la puberté. Dans les deux cas, le chef de famille se préoccupe du sort de ses biens après son décès : pour qu'ils ne dépérissent pas aux mains d'un enfant incapable, il en confie la garde à un tuteur; pour qu'ils ne tombent pas aux mains d'un agnat peu digne de les recueillir, si l'enfant meurt avant d'être pubère, il désigne par avance l'héritier de son fils.

3. Substitution quasi-pupillaire. — Le droit reconnu au père de faire par avance le testament de son fils impubère fut, au IIIe siècle, exceptionnellement étendu, en vertu d'une autorisation spéciale du prince, au cas où le fils serait pubère, mais incapable, en fait, de tester (5). C'est l'origine de la *substitution quasi-pupillaire*, consacrée par Justinien.

Désormais tout ascendant a le droit d'instituer un héritier pour son descendant en état de démence, sous trois conditions : que le fou n'ait pas antérieurement fait son testament; qu'il soit héritier légitime du testateur; que celui-ci lui donne la quarte légitime. En cela la substitution quasi-pupillaire diffère de la substitution pupillaire. Il y a deux autres différences : le droit de faire une substitution quasi-pupillaire n'est pas un attribut de la puissance paternelle ; puis le choix du substitué n'est pas libre si le fou a des enfants ou des frères et sœurs : l'enfant doit être institué de préférence à tout autre; à défaut d'enfant, ou doit choisir un des frères ou sœurs (6).

(1) Ulp., *h. t.*, 20 pr. C'est une doctrine Sabinienne : Jav., *D.*, XLII, 5, 28.

(2) Ulp., *h. t.*, 2 pr., 1 ; *D.*, V, 2, 8, 2. Ulpien fait observer ici que le testament ne peut être attaqué comme inofficieux : ni par les légitimaires du fils, car il n'est pas l'œuvre du fils, ni par ceux du père, car c'est le testament du fils.

(3) Nerat., *loc. cit.* Cette conséquence a été consacrée par Justinien (*C.*, VI, 30, 20). D'après Julien, celui qui est seulement substitué au fils du testateur appelé à la succession paternelle, ne peut pas refuser de payer les dettes du père lorsque le fils n'a pas usé du bénéfice d'abstention (Jav., *D.*, XLII, 5, 28 : *Hereditas et patris et filii una est.* Jul., ap. Ulp., *D.*, XXIX, 2, 42 pr.). Mais cette conséquence a été repoussée par Marcellus et Ulpien : l'intérêt du pupille commande de ne pas décourager le substitué pupillaire qui hésitera à accepter la succession s'il est exposé à payer les dettes grevant l'hérédité paternelle.

(4) Pomp., *h. t.*, 14; Ulp., 21; 41 ; Pap., 2. Au Bas-Empire, le substitué qui, dans l'année du décès, n'a pas fait nommer un tuteur à l'impubère, est déchu de son droit (Theod. II, *C.*, VI, 58, 10).

(5) Paul., *h. t.*, 43 pr.

(6) *C.*, VI, 26, 9.

III. Infirmation du testament.

Jusqu'à la mort du testateur, le testament est un acte révocable et fragile. Il peut être infirmé soit par la volonté de son auteur (1), soit par des faits indépendants de sa volonté.

Il ne faut pas confondre les causes d'infirmation des testaments avec les causes de nullité. Le testament est nul lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions de forme et de fond qui sont prescrites. Il est infirmé lorsqu'une des conditions requises pour sa validité disparaît entre le moment de sa confection et la mort du testateur, ou lorsque le testateur change de volonté. La distinction est importante : un testament nul n'a jamais eu de valeur; par suite il n'a aucune influence sur les dispositions prises antérieurement par le défunt. Un testament valablement fait, mais qui après sa confection est infirmé, suffit pour révoquer un testament antérieur (2).

§ 1er. **Révocation.** — Anciennement il n'y avait qu'une seule manière de révoquer un testament : c'était d'en faire un second (3). C'était une application de la règle d'après laquelle pour détruire un acte il faut observer les mêmes formes que pour le réaliser. La confection de ce nouveau testament (4) infirmait de plein droit le premier : il n'était pas nécessaire que le testateur exprimât sa volonté de révoquer. Il n'était même pas nécessaire que le nouveau testament produisît un effet : il suffisait qu'il fût valable.

A l'époque classique, où l'on s'efforce de tenir compte de la volonté du testateur, on a admis d'autres modes de révocation du testament : si le testateur détruit ou jette au feu ses tablettes, le testament n'en subsiste pas moins en droit strict, car c'est un acte juridique et non un acte matériel; il en est de même si le testateur a rayé sur ses tablettes le nom de l'héritier. Mais en fait le testateur a certainement changé d'idée, et il serait excessif de ne pas donner effet à sa volonté par cela seul qu'il ne l'a pas exprimée dans la forme requise (5). De même si le testament a été rédigé en plusieurs exemplaires, il suffit que le testateur en ait détruit un pour qu'on puisse y voir la preuve d'un changement de volonté (6).

La confection d'un second testament ne révoque plus nécessairement le premier si elle a eu lieu sous l'influence d'une erreur (le testateur a cru que l'héritier qu'il a institué est mort (7), ou s'il a détruit

(1) Ulp., *D.*, XXXIV, 4, 4 : *Ambulatoria... est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

(2) Ulp., *h. t.* [*D.*, XXVIII, 3], 2. On appelle *injustum* le testament nul, *ruptum* celui qui est révoqué ou rompu, *irritum* celui qui est infirmé par une *capitis deminutio*, *desertum* ou *destitutum* celui qui est caduc par le prédécès ou la renonciation de l'institué, ou par une incapacité survenue avant l'adition.

(3) P. 123, 6; Pomp., *h. t.*, 16.

(4) Il ne suffit pas que l'acte ait l'apparence d'un testament (Ulp., *eod.*, 11).

(5) Gaius, II, 151. Telle était déjà l'opinion de Julien (*D.*, XXXVII, 11, 8, 3). Cf. Ulp., *eod.*, 2, 7; XXXVIII, 6, 1, 8. Le nom de l'héritier doit être réputé non écrit. Cette opinion plus humaine a été consacrée par un décret de Marc-Aurèle de l'an 166 (Marcel., *D.*, XXVIII, 4, 3).

(6) P. 70, 4. Paul., in Pap., *D.*, XXVIII, 4, 4.

(7) Paul., *D.*, XXVIII, 5, 92. L'héritier sera tenu d'acquitter les legs contenus dans les deux testaments.

le second testament dans l'intention de faire revivre le premier (1). Le Préteur donne à l'héritier désigné dans ce testament la *bonorum possessio secundum tabulas* (2). A l'inverse, un testament irrégulièrement fait *(imperfectum)* suffit pour révoquer un testament antérieur, lorsqu'il institue un héritier ab intestat (3). Au Bas-Empire, on exige que le changement de volonté soit attesté par 5 témoins (4).

La liberté pour le testateur de changer ses dispositions a été garantie par un rescrit d'Hadrien : l'héritier testamentaire qui empêche le *de cujus* de modifier son testament, l'héritier légitime qui l'empêche de tester, est exclu comme indigne au profit du fisc (5).

Au début du v[e] siècle, d'après un rescrit d'Honorius, les testaments qui ont dix ans de date sont révoqués de plein droit (6). Cette règle a été abrogée par Justinien : le délai de dix ans n'a d'autre effet que de valider une révocation irrégulièrement faite par une simple déclaration devant 3 témoins, ou consignée dans les actes publics (7).

§ 2. **Capitis deminutio.** — Le testament est infirmé lorsque après sa confection le testateur subit une *capitis deminutio* (8). Il en est de même lorsque l'institué subit une *capitis deminutio media ;* il perd la qualité de citoyen. La *maxima c. d.* n'a pas cet effet, à moins que l'institué ne soit *servus pœnæ* (9), car on peut instituer un esclave dont le maître a la *testamenti factio* avec le testateur.

L'infirmation du testament par la *c. d.* n'est pas définitive : si le testateur recouvre sa capacité, le Préteur donne effet au testament en accordant à l'institué la *B. P. secundum tabulas* (10); il exige toutefois, lorsque la *c. d.* résulte d'un acte volontaire comme l'adrogation, que l'adrogé, redevenu *sui juris*, manifeste sa volonté de maintenir son testament (11). Quant à l'institué, s'il recouvre sa capacité, le testament reste valable (p. 693, 3).

§ 3. **Survenance d'un héritier sien.** — La naissance d'un posthume, l'entrée dans la famille d'un fils adoptif, d'une femme *in manu*, entraînent la rupture du testament.

(1) Pap., *D.*, XXXVII, 11, 11, 2. Cf. l'*oratio* de Pertinax, *Inst.* II, 17, 7.
(2) Cette *B. P.* était *cum re* lorsque l'institué était l'héritier ab intestat. Gaius, II, 149.
(3) Ulp., *h. t.*, 2. Cf. Paul, *D.*, XXIX, 7, 8, 1.
(4) *Nov. Theod.*, 16, 5 et 7.
(5) Ulp., *D.*, XXIX, 6, 1 pr.
(6) *C. Th.*, IV, 4, 6. Cette innovation fut inspirée peut-être par l'état troublé de l'Occident. Les témoins, dit Honorius, ont dû périr dans l'intervalle, et le testateur a dû changer d'intention. Ces raisons n'ont pu avoir une apparence de vérité qu'à une époque voisine de l'invasion des Barbares dans l'Italie et les Gaules.
(7) *C.*, VI, 23, 27.
(8) Gaius, II, 148; Ulp., *D.*, XXVIII, 3, 6, § 5 et 6.
(9) Sous réserve de la grâce accordée par le prince. (Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 1, 4). Cf. Ed. Cuq, v° Indulgentia (*Dict. Antiq.*, III, 482).
(10) Cette *B. P.* était *sine re*, à moins qu'elle ne fût donnée à l'héritier *ab* intestat (Gaius, II, 147). Il est très douteux que, sous Justinien, on ait maintenu aux héritiers ab intestat la faculté d'évincer le *bonorum possessor*. Les compilateurs ont supprimé partout la mention de la *B. P. sine re*, sauf dans *D.*, XXVIII, 3, 12 pr. *in f.*
(11) Pap., *D.*, XXXVII, 11, 11, 2.

IV. Conservation, ouverture, interprétation des testaments.

§ 1er. Ouverture des tablettes. — Lorsque l'hérédité est déférée par testament, l'institué ne peut légalement connaître sa vocation qu'après l'ouverture des tablettes. Le législateur a pris des mesures pour assurer la conservation et la remise immédiate de ces tablettes. La loi Cornelia édicte des peines sévères contre quiconque a frauduleusement détruit ou altéré un testament (1), ou refusé par dol de le produire (2). Aucune formalité n'était requise à cette époque. Moins d'un siècle plus tard, en 759, la loi Julia *vicesimaria*, proposée par Auguste, fit de l'ouverture du testament un acte solennel et public. Les tablettes sont portées au bureau du percepteur de l'impôt du vingtième et présentées aux témoins du testament ou à la majeure partie d'entre eux pour la vérification des cachets qu'ils ont apposés (3). Cette formalité remplie, le testament est ouvert et lecture en est donnée. Le percepteur est autorisé à en prendre une copie qui, revêtue de son sceau, est déposée dans ses archives pour y être consultée en cas de perte de l'original (4).

L'ouverture du testament doit être faite aussitôt que possible, ordinairement de 3 à 5 jours après le décès si les intéressés sont présents, après leur retour s'ils sont absents. On veut faciliter la perception immédiate de l'impôt, éviter toute dissimulation des valeurs héréditaires (5).

Les règles édictées par la loi sur l'ouverture des tablettes sont sanctionnées par une amende de 5000 sesterces en cas de contravention (6).

L'ouverture ou la production d'un testament peut donner lieu à des difficultés de la part soit des témoins, soit du détenteur des tablettes.

(1) Mod., *D.*, XLVIII, 10, 33. Sans préjudice de l'action de la loi Aquilia. Cette loi Cornelia *testamentaria* est sans doute l'un des chapitres de la loi Cornelia *de falsis* proposée par Sylla (666 ou 673). Cf. Voigt, *Rg.*, I, 492.

(2) Paul, V, 25, 1 ; IV, 7, 2-4 ; *D.*, XLVIII, 10, 2.

(3) Ulp., *D.*, XXIX, 3, 4. Exemples d'une déclaration de succession : *P. Oxy.*, VIII, 1114 de l'an 237. *P. Amherst*, II, 72 de l'an 246. Cf. Mitteis, *Sav. Z.*, XXII, 198 ; XXXII, 344 ; Girard, *Textes*, 811, 813. Ce bureau recevait aussi les déclarations de décès : *P. Oxy.*, *l. c.*

(4) Paul, IV, 6, 1 ; cf. le testament de C. Longinus Castor de l'an 189 (*P. Berlin*, I, 326), II, 11 : *Apertum et recognitum Arsinoe metropoli in foro Augusti in statione vicesimae hereditatum et libertatum.* Au Ier siècle, l'impôt était affermé aux publicains (Plin., *Paneg.*, 37 et 40).

(5) Paul, IV, 6, 3. Cet impôt avait été établi par Auguste au profit de la caisse de retraite (*aerarium militare*) qu'il avait créée pour assurer une pension aux soldats qui avaient achevé leur temps de service (*Test. Ancyr.*, III, 35-39). Seuls les héritiers domestiques (Plin., *Paneg.*, 37) et les pauvres (Dio, LV, 25) en étaient exempts. Nerva et Trajan étendirent cette exemption aux ascendants et aux descendants ainsi qu'aux frères et sœurs (Plin., *eod.*, 37-38). Le privilège accordé aux héritiers domestiques était réservé aux « anciens citoyens » : les enfants nés avant que leur père eût acquis le droit de cité, ne pouvaient en jouir même si le prince avait concédé à leur père la puissance paternelle. Nerva décida que la concession de la puissance paternelle suffirait désormais pour assurer aux fils l'exemption de l'impôt par rapport à la succession de leur père, et que pour celle de la mère il suffirait d'obtenir du prince le *jus cognationis*. Trajan supprima ces conditions, et dès lors les nouveaux citoyens furent traités comme les anciens.

(6) Paul, IV, 6, 2.

Ces difficultés sont de la compétence du Préteur à Rome, du gouverneur dans les provinces. Elles ont été réglées par l'Édit prétorien.

a) Le magistrat force les témoins présents à comparaître et les invite à déclarer s'ils reconnaissent leurs sceaux. S'il y en a d'absents, on ne peut les obliger à se déplacer; on doit envoyer les tablettes au lieu de leur résidence. Cependant si la majeure partie des témoins comparaît, on peut procéder à l'ouverture et à la lecture du testament. S'ils sont tous absents et qu'il y ait urgence, le magistrat fera ouvrir le testament en présence d'hommes très honorables qui, après l'avoir reconnu et copié, le scelleront à nouveau; on l'enverra ensuite aux témoins (1).

b) Si le testament est aux mains d'un tiers, le magistrat, sur la demande de toute personne intéressée (héritier ou légataire), donnera l'ordre d'exhiber les tablettes en sa présence (2). Le refus du détenteur entraîne une condamnation calculée d'après l'intérêt du demandeur (3). L'interdit *de tabulis exhibendis* se donne également contre celui qui par dol a cessé de posséder le testament (4).

c) Le testament, après son ouverture, reste aux mains de l'héritier qui est tenu d'en donner communication à toute personne intéressée (5). En cas de refus, le Préteur l'y contraint par voie de coercition si l'héritier reconnaît avoir chez lui le testament, par l'interdit *de tabulis exhibendis* s'il nie être en possession des tablettes (6). En cas de contestation sur le droit à l'hérédité, le testament est déposé provisoirement dans un temple ou chez une personne de confiance (7).

L'ouverture du testament n'a pas toujours pour effet de fixer d'une manière définitive la vocation de l'héritier institué. Cette vocation peut dépendre de l'arrivée d'une condition, de la naissance d'un enfant simplement conçu, de l'issue d'un procès (8).

Dans le premier cas, le Préteur accorde provisoirement à l'institué une *B. P. secundum tabulas*, en lui faisant promettre sous caution de restituer les biens si la condition vient à défaillir (9). Dans le second cas, le Préteur envoie la mère en possession des biens (10). Cet envoi en possession a pour but de lui assurer pendant sa grossesse des moyens d'existence (11). Le Préteur estime qu'il est d'intérêt public de favoriser la naissance du part : les frais d'entretien de la mère sont

(1) Ulp., *D.*, XXIX, 3, 4; 6; Paul, 5; Gaius, 7.
(2) Ulp., *D.*, XLIII, 5, 1 pr.; 3, 10; 3, 17.
(3) *Ibid.*, 3, 7; 3, 11.
(4) *Ibid.*, 3, 6.
(5) Ulp., *D.*, XXIX, 3, 2 pr.; Gaius, *eod.*, 1 pr., 1.
(6) Ulp., *D.*, XXIX, 3, 2, 8; XLIII, 5, 3; cf. Paul, V, 7, 6.
(7) Jav., *D.*, XLIII, 5, 5.
(8) Dans ce dernier cas, le payement de l'impôt sur les successions est nécessairement différé. Pour éviter ce retard préjudiciable au fisc, un édit d'Hadrien décide que l'héritier institué qui présentera au magistrat un testament d'apparence valable (*C.*, XI, 33, 8) sera immédiatement envoyé en possession des choses corporelles comprises dans la succession au moment du décès, en attendant le jugement du procès (Sev., Car., *C.*, VI, 33, 1). Cet envoi en possession doit être demandé dans l'année du décès (Paul, III, 5, 14-18).
(9) Pomp., *D.*, XXVIII, 5, 23 pr.; Ulp., *D.*, II, 8, 12.
(10) Ulp., *D.*, XL, 4, 13, 3. L'ordre du Préteur est sanctionné par un interdit. *D.*, XLIII, 4, 3, 2.
(11) *Alimenta; habitatio; servi:* Ulp., *D.*, XXXVII, 9, 1, 19; Paul, 4 pr.

comme une dette de la succession (1). Cette règle s'applique au posthume sien qui n'a pas été exhérédé. Pour le posthume externe, la mère n'a droit à l'envoi en possession que si elle n'a pas de quoi subvenir à ses besoins (2).

En cas de contestation sur le droit de la mère à la *B. P. ventris nomine*, si la mauvaise foi de la demanderesse est évidente, le Préteur rejette la requête ; sinon le doute s'interprète en faveur de la mère (3).

§ 2. **Interprétation des testaments.** — Le principe fondamental est qu'on doit s'attacher à l'intention plutôt qu'aux paroles du testateur. Ce principe, qui avait des partisans dès le temps de Cicéron et qui a été formulé par Papinien (4), était étranger à l'ancien droit : à cette époque, l'idée dominante était d'assurer le maintien du testament *(favor testamentorum)*, au risque de méconnaître la volonté du disposant. L'orientation nouvelle de la jurisprudence est la conséquence du changement qui s'est produit dans les mœurs quant à l'usage et au but pratique du testament.

Anciennement, le testament n'était usité qu'à défaut d'héritier domestique ou lorsque cet héritier avait démérité. Le père de famille avait le devoir de choisir la personne la plus digne pour continuer sa maison et son culte. Le rôle de la jurisprudence fut d'assurer l'efficacité du choix fait par le testateur, et pour cela elle dut faire abstraction des clauses du testament qui auraient pu y porter obstacle. Elle ne pouvait admettre à la succession les agnats que le testateur avait exclus de l'honneur d'une institution. Elle devait sacrifier à tout prix les clauses dont l'exécution aurait amené le concours des héritiers ab intestat. Parmi les dernières volontés du défunt, l'institution d'héritier était la partie essentielle. Tout le reste était secondaire et ne méritait d'être exécuté que s'il n'y avait rien de contraire au but principal du testament.

Après la décadence des cultes domestiques et sous le régime de la propriété individuelle, le point de vue s'est modifié. La règle antique a été maintenue, mais plutôt en la forme. Toutes les volontés du testateur, en tant qu'elles ne sont ni impossibles, ni illicites, ni immorales, paraissent également respectables : la jurisprudence s'efforce

(1) Ulp., *eod.*, 1, 10 et 15 ; *eod.* 9.

(2) Gaius, *eod.*, 5 pr. Ulp., 6. L'édit *De ventre in possessionem mittendo* existait au temps de Cicéron : d'après Servius, l'héritier institué ou substitué devait non pas réserver les biens héréditaires, mais remettre à la femme l'argent ou les choses nécessaires (Ulp., *eod.*, 1, 24), constituer un gardien, si c'était utile, par exemple pour un troupeau ; enfin, s'il y avait quelque difficulté, la soumettre à un arbitre (*ibid.*, 1, 25). Plus tard l'usage s'introduisit de demander la nomination d'un curateur (*curator ventris*) chargé de fournir à la mère ce qu'il jugeait nécessaire eu égard à la fortune du défunt, à son rang social et à celui de la femme (*Ibid.*, 1, 19 et 20). Ce curateur était d'ordinaire chargé en même temps de la garde des biens héréditaires (*curator bonorum*). Il était responsable vis-à-vis des créanciers de la succession (*ibid.*, 1, 17 et 18, 22 et 23). La constitution d'un curateur au ventre fut consacrée par l'édit perpétuel : la mère en demandait la nomination aux magistrats du peuple romain (Mod., *D.*, XXVI, 3, 20 pr.).

(3) Hadr., ap. Ulp., *eod.*, 1, 14-16 ; XLIII, 4, 3 *in fine*.

(4) *D.*, XXXV, 1, 101 pr. : *In conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet.* Scæv., *D.*, XXXIII, 10, 7, 2. Cf. p. 707, 3 ; 701, 7.

d'en assurer l'efficacité. Elle ne fit d'ailleurs que suivre le courant de l'opinion publique : au Ier siècle de notre ère, les bons citoyens considéraient comme un cas de conscience d'accomplir les dernières volontés d'un mourant, alors même qu'elles n'avaient pas été régulièrement exprimées (1). Les jurisconsultes du siècle des Antonins sont entrés dans la voie nouvelle qui leur était tracée par la pratique (2). Ils n'ont pas rompu brusquement avec l'ancien mode d'interprétation : en bien des points, les règles anciennes subsistent (3); mais la tendance est de prendre en considération la volonté du testateur (4), et la doctrine, qui en assure l'efficacité, reçoit toute son ampleur au temps de Papinien et des Sévères (5).

V. Restrictions à la liberté de tester.

La liberté de tester s'est introduite à Rome lorsque le testament comitial est devenu un acte de pure forme, une déclaration faite devant 30 licteurs; elle s'est affermie lorsque le testament est devenu un acte privé *(per æs et libram)*. C'est l'époque où le principe de la conservation des biens dans la famille n'est guère plus observé, où le régime de la propriété familiale fait place à celui de la propriété individuelle. La liberté de tester n'a d'ailleurs jamais été entière : pour prévenir des abus, on l'a soumise à une série de restrictions établies les unes par le droit civil, les autres par le droit prétorien, la coutume, les constitutions impériales. Les plus anciennes remontent à la seconde moitié du VIe siècle, à l'époque même où le testament comitial est tombé en désuétude. Il est difficile de croire qu'il y ait là une simple coïncidence. Il est vraisemblable que si, jusqu'alors, le droit de tester n'a pas été limité, c'est qu'il était soumis au contrôle des pontifes et du peuple.

Ces restrictions ont été établies d'abord dans l'intérêt de la famille, puis dans celui du patron; elles ont pour but de prévenir une omission ou une exhérédation injuste. Elles sont de deux sortes : les unes de pure forme, les autres touchant au fond du droit. Le droit civil et le droit prétorien refusent d'admettre une exhérédation par prétérition : l'exhérédation doit être formelle. La coutume est plus exigeante : elle veut que le testateur laisse à certaines personnes une portion de sa fortune. La règle du droit civil a pour sanction la nullité ou la rupture du testament; les règles du droit prétorien ou de la coutume ont pour sanction la rescision totale ou partielle du testament, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas* ou de la plainte d'inofficiosité.

§ 1er. **Droit civil**. — 1. Exhérédation des héritiers siens. — Le testateur, qui a des héritiers siens, doit, à peine de nullité, les instituer ou les exhéréder formellement (6). Il est tenu de se prononcer sur la

(1) Plin., *Ep.*, IV, 10; V, 7 : *Mihi autem defuncti voluntas antiquior jure est.*
(2) Exemples : Cels., ap. Ulp., *D.*, XXIV, 1, 5, 15; XXIX, 7, 18; Jul. *eod.*, 2, 4; Scæv., *D.*, XXXVI, 1, 76; Marcel., *D.*, XXXIX, 5, 20, 1.
(3) Exemples : Jul., ap. Gaium, *D.*, XXX, 68, 3.
(4) C'est commettre un dol, dit Julien, que de réclamer l'exécution d'un legs contrairement à l'intention du testateur (ap. Ulp., *D.* XLIV, 4, 4, 11).
(5) Cf. pour cette période, Costa, *Papiniano*, t. III, 50.
(6) Ulp., XXII, 14. Cf. Jul., ap. Afr., *h. t.*, [*D.*, XXVIII, 2], 14, 1.

situation qu'il entend leur faire : il ne lui est pas permis de les omettre. En formulant cette règle, les Prudents n'ont fait que consacrer un antique usage. A l'époque où le testament se faisait dans les comices, le chef de famille ne pouvait exhéréder son héritier sien, le priver de sa part dans les biens patrimoniaux, que par une clause expresse. Cette exigence a été maintenue sous le régime de la propriété individuelle : elle fournit le moyen de protéger les héritiers siens qui n'ont pas démérité, si le père n'ose pas les exclure nominativement.

Cette règle fut appliquée d'abord au cas où le testateur avait cru par erreur que son fils était mort (1). On l'étendit au cas où il l'avait omis : l'erreur fut ici présumée (2). L'exhérédation doit être pure et simple (3) et faite en termes sacramentels ; elle doit être totale (4) ; il faut la renouveler autant de fois que le testament contient de substitutions (5).

Sous l'Empire, on a admis quelques atténuations : au lieu de l'impératif, on peut employer le futur ou le passé (6) ; — suivant les Proculiens, le testament reste valable lorsque le fils omis est mort avant le testateur (7) ; — l'omission d'une fille n'entraîne plus la nullité du testament : on donne à chaque fille une part virile si elle concourt avec des héritiers siens, la moitié des biens si elle concourt avec des étrangers (8) ; — l'exhérédation doit en principe être nominative, mais pour les filles et les petits-fils, elle peut être collective (9).

L'exhérédation est en général motivée par l'inconduite de l'enfant. Elle a lieu parfois dans son intérêt et se combine alors avec un fidéicommis d'hérédité. Cette clause était très usitée au temps d'Ulpien lorsque l'enfant était impubère (10) : elle facilitait l'administration des biens héréditaires pendant la période où l'héritier sien était incapable.

2. Les posthumes. — Les Prudents ont étendu la qualité d'héritier

(1) Cic., *De Or.*, I, 38, 175. Val. Max., VII, 7, 1. D'après Appleton (*Testament*, 101) et Girard (p. 850, 1), qui font remonter aux Douze Tables la liberté de tester, l'obligation d'exhéréder l'héritier sien qu'on ne veut pas instituer aurait été maintenue ; mais ce serait seulement trois siècles plus tard, au temps de Cicéron, qu'on aurait exigé pour le fils une exhérédation nominative : jusque-là l'exhérédation *inter ceteros* aurait suffi. On admettra difficilement qu'à l'époque du testament comitial on ait employé une formule d'exhérédation autre que celle qui a été rigoureusement imposée jusque vers le temps des Antonins : *Titius filius meus exheres esto* (Gaius, II, 127.) Le témoignage de Justinien (*C.*, VI, 28, 4 pr.), invoqué en sens contraire, prouve simplement que, lors de l'introduction du testament *per as et libram*, on se contenta d'une formule générale d'exhérédation, et que les centumvirs ont réagi contre cette tolérance en exigeant, pour les fils, l'emploi de la forme nominative, anciennement usitée devant les comices.

(2) *C.*, VI, 29, 1 : *cujus non meminit*. *Inst.*, II., 13, 1 : *ne videantur per oblivionem praeteriti esse*.

(3) Ulp., *h. t.*, 3, 1. L'exhérédé peut être exclu des tombeaux. *D.*, XI, 7, 6 pr.

(4) L'exhérédation *ex re certa* est nulle. Scaev., *h. t.*, 19.

(5) Ulp., *h. t.*, 3, 6. Marcell., ap. Ulp., *D.*, XXXVII, 4, 8, 3.

(6) Flor., *h. t.*, 17. Mod., *D.*, XXVIII, 5, 61 : *te exheredavi*.

(7) Gaius, II, 123, 124. Paul., III, 4b, 8. Just., *C.*, VI, 28, 4 pr., attribue aux centumvirs la différence quant aux effets de l'omission.

(8) Cette innovation s'imposa après la loi Voconia qui défendait d'instituer une femme lorsque la fortune du testateur dépassait un certain chiffre. L'omission fit présumer la volonté du père de ne pas laisser à sa fille une somme supérieure à celle que la loi lui permettait de léguer : la moitié de ses biens s'il avait une fille unique, une part virile s'il avait plusieurs enfants.

(9) Alex., *C.*, II, 12, 13.

(10) Ulp., *h. t.*, 18.

sien au posthume, c'est-à-dire à l'enfant né après la confection du testament. Par suite, la naissance d'un posthume entraîne la rupture du testament (1). Le testateur a la ressource de faire un nouveau testament. Mais si l'enfant naissait après la mort du testateur, la rupture était irrémédiable; on trouva excessif que le testateur ne pût la prévenir : on lui permit d'instituer ou d'exhéréder par avance le posthume, bien que ce fût une personne incertaine.

Cette faculté fut accordée : *a*) pour les enfants conçus lors de la confection du testament et qui, s'ils avaient été vivants à cette époque, n'auraient pas été *sui* : tel le petit-fils du testateur dont le père peut mourir avant le *de cujus*. Cette innovation fut admise sous l'influence d'Aquilius Gallus (2); *b*) pour l'enfant conçu lors de la confection du testament et né du vivant du testateur (3).

Une loi du début de l'Empire (4), la loi Junia Vellæa, dispensa le testateur de refaire son testament et valida l'institution ou l'exhérédation faite par avance. Elle en fit autant pour le petit-fils déjà né lors la confection du testament et qui, du vivant du testateur, devient son héritier sien par suite du prédécès de son père. Mais elle spécifia que les posthumes du sexe masculin ne pourraient être exhérédés que nominativement ; ceux du sexe féminin peuvent être exhérédés *inter ceteros*, pourvu qu'on leur fasse un legs (5). Un siècle plus tard, Julien fit appliquer la loi Junia Vellæa au petit-fils conçu lors de la confection du testament, né du vivant de son père, mais qui, à la mort du *de cujus*, était devenu son héritier sien par le prédécès de son père (6). — Un Sc. proposé par Hadrien étendit cette faveur à une nouvelle catégorie d'enfants, à ceux qui avaient acquis la qualité d'héritiers siens après le décès du père, par l'*erroris causæ probatio* (7). A la fin du IIe siècle, on considéra comme suffisante pour prévenir la rupture du testament, l'institution d'une personne qui, au décès du testateur, était devenue son héritier sien par adoption (8) ; mais on ne pouvait valablement l'exhéréder : *Exheredatio extranei, res inepta* (9).

Grâce à ces extensions successives, on écarta presque entièrement la règle : *agnatione postumi rumpitur testamentum*, ainsi que celle qui traite les posthumes comme des personnes incertaines.

§ 2. **Droit prétorien.** — De nouvelles restrictions à la liberté de tester furent établies à la fin de la République et au début de l'Empire,

(1) Cic., *De Or.*, I, 57 : *Constat agnascendo rumpi testamentum.*
(2) La formule qu'il rédigea à cet effet est citée dans Scævola (*D.*, XXVIII, 2, 29 pr.) Elle a été appliquée plus tard à l'arrière-petit-fils du testateur (*ib.*, 29, 2).
(3) *Ibid.*, 29, 10 : *Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamenta.*
(4) La date n'est pas certaine. Voir notre article LEX (*Dict. Antiq*, III, 1152) : d'après Borghesi (V, 20), Junius Silanus et Vellæus Tutor furent consuls suffects en 780 = 27; mais un fragment des Actes des frères Arvals ne permet pas d'accepter cette opinion. Dessau (*Prosopogr.*, II, 246) propose la date de 779 = 26.
(5) Gaius, II, 134.
(6) Scæv., *h. t.*, 29, 15 et 16. Ces quatre nouvelles classes de posthumes sont désignées par les noms de posthumes Aquiliens, Velléiens, quasi-Velléiens, Juliens.
(7) Gaius, II, 143.
(8) Pap., *h. t.*, 23, 1. Ulp., *D.*. XXXVII, 4, 8, 8. Au temps de Gaius (II, 138-140), cela n'était pas encore admis.
(9) Paul., *D.*, XLV, 1, 132 pr.

soit par le Préteur, soit par la coutume. Elles étaient particulièrement nécessaires à une époque où l'on voyait beaucoup de citoyens disposer de leur fortune au profit de personnes étrangères à leur famille. On instituait héritiers, au préjudice d'un neveu ou d'un frère, des hommes que l'on connaissait à peine ou même que l'on n'avait jamais vus (1). Cicéron, qui se flatte de n'avoir jamais rien reçu que de ses amis, reconnaît avoir recueilli plus de vingt millions de sesterces.

Comme le droit civil, le Préteur s'est montré défavorable à l'exhérédation des descendants : il a voulu assurer le titre d'héritier à ceux qui n'avaient pas démérité. Comme le droit civil, il a pensé qu'il suffisait de forcer le testateur à s'expliquer catégoriquement sur la situation qu'il entendait leur faire. Si le père de famille croit devoir leur refuser la qualité d'héritier, qu'il ait le courage de son opinion, et qu'il le dise dans son testament! La restriction à la liberté de tester est ici plutôt morale qu'effective; les descendants ne sont pas sûrs d'avoir le patrimoine paternel qui peut être épuisé par des legs.

L'innovation due au Préteur a consisté à étendre le cercle des personnes qui doivent être honorées du titre d'héritier ou exhérédées formellement ; à exiger que tous les descendants mâles soient exhérédés nominativement (2).

Le Préteur a eu en vue tout d'abord les enfants émancipés. Il a jugé équitable de rescinder la *capitis deminutio* qu'ils ont subie et de les traiter comme les enfants restés en puissance (3). Désormais le père de famille, qui peut arbitrairement émanciper son fils, ne peut plus le passer sous silence dans son testament. On a ensuite appliqué la règle à tous les enfants sortis d'une autre manière de la puissance paternelle, puis à ceux-là même qui n'avaient jamais été en la puissance du testateur (4). Tel est l'enfant né d'un émancipé ou d'un adopté, mais conçu après que son père est sorti de sa famille naturelle; tel aussi l'enfant d'un Latin qui a acquis la cité romaine avec son père, sans que celui-ci ait obtenu la puissance paternelle (5). Mais, pas plus que le droit civil, le Préteur ne s'est occupé des enfants vis-à-vis de leur mère, ni des descendants par les femmes (6).

Lorsqu'un des enfants auxquels l'édit s'applique a été omis ou irrégulièrement exhérédé, le testament n'est pas nul, mais l'enfant peut demander au magistrat la *bonorum possessio contra tabulas* (7). Elle le rend *heredis loco* (8) et lui fait obtenir une part égale à celle qu'il aurait ab intestat (9). On n'a pas à rechercher si l'institué accepte ou non

(1) Cic., *Phil.*, II, 16, 40.
(2) Gaius, II, 129 ; 135.
(3) Paul, *D.*, XXXVII, 1, 6, 1.
(4) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXVII, 4], 1, 6 ; Pomp., *D.*, XXXVIII, 6, 5, 1.
(5) Afr., *h. t.*, 14, 1 ; Ulp., 3 pr. ; Paul, 6 pr. ; Ulp., *Collatio*, XVI, 7, 2.
(6) Paul., *h. t.*, 4, 2 ; Gaius, *D.*, XXXVIII, 16, 13.
(7) Ulp., *h. t.*, 8, 11-12. Cette *bonorum possessio* existait au temps de Labéon.
(8) Cf., pour les filles, le rescrit cité par Gaius, II, 126.
(9) Les jurisconsultes du IIe siècle lui reconnaissent un droit supérieur à celui de l'héritier institué (Jul., *h. t.*, 13 pr.) ; ils lui accordent la *B. P. cum re*. Cette innovation remonte vraisemblablement à l'époque où la *B. P. unde liberi* fut accordée *cum re* à l'émancipé. La *B. P. secundum tabulas* fut donnée *cum re* dans divers cas par Hadrien (*D.*, XXVIII, 3, 13 pr.) et Antonin le Pieux. Gaius, II, 120.

la succession : la *b. p.* est donnée *contra ipsum testamentum, contra lignum* (1); mais il faut que l'institué survive au testateur. La *b. p. c. t.* profite également aux enfants régulièrement institués (2) lorsque la part qui leur est attribuée par le testateur est inférieure à celle qu'ils auraient ab intestat. Les enfants régulièrement exhérédés ne peuvent jamais s'en prévaloir (3).

La succession se partage entre tous les ayants droit à la *bonorum possessio* et à l'exclusion de tous autres héritiers. Les légataires ne peuvent pas réclamer la délivrance de leurs legs, à l'exception des parents et des enfants du testateur, et même de sa femme ou de sa belle-fille, mais seulement pour le legs de leur dot (4). La *b. p. c. t.* n'a donc pas un effet absolu : elle laisse subsister le testament à l'égard de certaines personnes; elle laisse pareillement subsister les dispositions qui ne nuisent pas à ceux que le Préteur a voulu protéger : telle serait une substitution pupillaire (5).

Les divergences, qui existaient entre le droit civil et le droit prétorien quant à l'exhérédation, ont pris fin sous Justinien : le testateur doit instituer ou exhéréder nominativement tous ses descendants légitimes (les descendants par les femmes exceptés), qu'ils soient ou non sous sa puissance, même les posthumes, pourvu qu'ils soient en ordre utile pour succéder. Il n'y a plus à distinguer entre les fils et les filles, ni quant à la forme de l'exhérédation, ni quant à la sanction de l'omission. Mais, sous ce dernier rapport, Justinien a établi une distinction nouvelle et peu justifiée suivant que l'enfant omis est ou non en puissance : dans le premier cas, le testament est nul; dans le second, l'enfant omis qui survit au testateur a la *b. p. c. t.* (6).

§ 3. **Droit coutumier.** — Si le testateur était en règle avec le droit civil et le droit prétorien lorsqu'il avait honoré du titre d'héritier certains descendants, l'usage des honnêtes gens lui faisait un devoir de laisser à ses plus proches parents, s'ils n'avaient pas démérité, une partie de sa fortune (7). Cet usage trouvait à l'époque antique sa sanction dans le contrôle exercé par les pontifes et par le peuple sur le testament comitial. Après l'introduction de la liberté de tester, cette garantie disparut : les abus ne tardèrent pas à se produire (8). Il fallut aviser aux moyens de faire respecter la coutume : en donnant effet

(1) Paul, *h. t.*, 4 pr.; Tryph., 19. La *b. p. c. t.*, est transmissible par cela seul que l'ayant droit survit au testateur : Jul., *h. t.*, 5.

(2) *Commisso per alium edicto* : Ulp., *h. t.*, 8, 14; 10, 1; XXXVII, 5, 16.

(3) Ulp. *h. t.*, 10, 5. On ne considère pas comme régulière l'exhérédation conditionnelle : Herm, *h. t.*, 18. Le père qui veut déshériter son enfant doit le faire d'une façon ferme.

(4) Ulp., *D.*, XXXVII, 5, 1 pr. Si au lieu de laisser un legs à l'une des personnes exceptées, le testateur lui avait attribué une portion de l'hérédité, il aurait été bien dur de ne pas la lui conserver : on admit au IIe siècle, sous l'influence de Julien, que l'institution jouirait de la même faveur que le legs (*Ibid.*, 5, 6).

(5) Afr., *D.*, XXVIII, 6, 34, 2. Pour les affranchissements, Ulp., *cit.*, 8, 2.

(6) *C.*, VI, 28, 4. Cette distinction n'était guère pratique : les liens de l'agnation étaient très faibles à cette époque et ne tardèrent pas à être brisés. Le silence de la Nov. 115 sur la *b. p. c. t.* donne lieu de penser qu'elle n'était plus usitée.

(7) Ulp., *h. t.*, [*D.*, V, 2], 8, 14. Cf. V. Max., VII, 7, 3 : *Summa cum iniquitate paternum nomen abrogaverat. Ibid.*, 4 : *Si ipsa æquitas hac de re cognosceret.*

(8) Val. Max., VII, 8.

à la *nuncupatio* qui accompagnait la mancipation dans le testament *per æs et libram*, on n'avait pas entendu dispenser le testateur de s'y conformer. Il était du devoir des magistrats de ne pas se prêter à l'exécution d'un testament contraire à l'usage (1). La question de savoir si le testament doit ou non être approuvé, ne se pose d'ailleurs que lorsqu'on l'attaque pour inofficiosité, lorsqu'on soutient qu'il n'a pas été fait *ex officio pietatis*.

1. *QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.* — Pour donner satisfaction aux héritiers ab intestat qui se plaignaient d'avoir été injustement exhérédés ou omis, on avait le choix entre deux moyens qui, l'un et l'autre, furent adoptés suivant les circonstances. Le premier consistait à faire appel à l'autorité du Préteur qui, en vertu de son *imperium*, décidait lequel des prétendants était le plus digne de l'hérédité, puis envoyait le plaignant en possession de l'hérédité et refusait toute action à l'héritier institué (2). C'était un cas exceptionnel; et, pour une mesure aussi grave, on n'était pas sûr de trouver un magistrat disposé à en prendre la responsabilité. L'empereur seul se sentit assez fort pour le faire (3).

Le second moyen, plus normal et de beaucoup, semble-t-il, le plus usité, consistait à intenter contre l'héritier testamentaire une action en pétition d'hérédité devant le tribunal compétent en ces sortes d'affaires, celui des centumvirs. Le plaignant réclamait la succession ab intestat en contestant la validité du testament qui lui était opposé. Mais, au préalable, le demandeur notifiait au magistrat par un libelle, ou à son adversaire par une *denuntiatio*, sa plainte contre l'exhérédation dont il avait été l'objet (4) : c'était la phase préparatoire du procès (*præparatio litis*). Elle produisait un effet juridique important : elle rendait transmissible le droit du plaignant (5). La notification n'était même pas indispensable : il suffisait que l'ayant droit eût fait une démarche, manifesté sa volonté avant sa mort (6). La *querela* avait souvent un autre effet : l'héritier institué n'osait pas se prévaloir du testament. S'il persistait, il passait pour un malhonnête homme, et le procès suivait son cours (7).

Le plaignant exerce la pétition d'hérédité, mais devant le juge il doit

(1) GAIUS, *h. t.*, 4 : *Non est consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt.* Il s'agit bien ici d'un assentiment, d'une approbation qui est nécessaire à l'efficacité du testament. VAL. MAX., VII, 7, 4 : *Suprema judicia improbavit. Ibid.*, 7 : *Nec factum illius comprobare voluit* (prætor).

(2) QUINTIL., III, 10, 3. D'après VAL. MAX., VII, 7, 5, le préteur C. Calpurnius Piso n'hésita pas à accueillir une pareille demande : *Bonorum adolescenti possessionem dedit, heredesque lege agere passus non est.* Le plaignant était un père de famille qui, ayant élevé huit fils jusqu'à l'âge d'homme, était indigné d'avoir été déshérité par l'un d'eux qu'il avait donné en adoption.

(3) V. MAX., VII, 7, 3 et 4, cite deux décrets d'Auguste.

(4) Le mot *querela* s'applique aux divers cas où la poursuite en justice est subordonnée au dépôt d'une plainte : à côté de la *querela inofficiosi*, il y a la *querela patroni*, la *querela non numeratæ pecuniæ*, la *querela* de l'esclave contre son maître, du patron contre l'affranchi qui l'a offensé (ULP., *D.*, I, 12, 1, 8; 1, 10).

(5) ULP., *D.*, V, 2, 6, 2; PAUL, *eod.*, 7.

(6) *Ibid.* : *comminari accusationem.*

(7) V. MAX., VII, 7, 2 : *Heredes... sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt... Ibid.*, 1 : *Cum improbissimis heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit.*

déposer des conclusions sur l'inofficiosité du testament (1). Si le juge autorise l'enquête, le débat qui s'engage sur cette question incidente (2) se termine par un jugement interlocutoire : le juge constate, s'il y a lieu, que le testament est l'œuvre d'un fou (3) et par suite nul *ab initio* (4). Dès lors la solution de la question principale ne fait plus de doute : le plaignant obtient gain de cause dans la pétition d'hérédité.

Le tribunal des centumvirs ne pouvait juger ni les procès intéressant les habitants des provinces parce que ces procès devaient être intentés devant le tribunal du domicile de l'institué (5) ; ni ceux qui concernaient les successeurs prétoriens, parce que ces procès ne pouvaient, même à Rome, être intentés dans la forme d'une action de la loi. La plainte d'inofficiosité fut, plus d'une fois sous l'Empire, soumise à l'*unus judex* ou jugée *extra ordinem* soit par l'empereur (6), soit par les gouverneurs de provinces.

Les règles, établies par les empereurs pour les causes soumises à la procédure extraordinaire (7), furent en partie étendues par la pratique judiciaire aux affaires deférées au tribunal des centumvirs. L'unité de jurisprudence en matière de testament inofficieux fut ainsi progressivement réalisée.

2. Des personnes qui peuvent exercer la *querela*. — Le droit d'attaquer un testament pour inofficiosité est réservé à certains proches parents appelés à la succession ab intestat. Le nombre des ayants droit s'est accru à mesure que l'édit du Préteur et les empereurs ont élargi le cercle des successeurs ab intestat. On ne distingue plus entre la parenté civile et la parenté naturelle, depuis que le Préteur a établi la *b. p. unde cognati;* ni entre le père et la mère, depuis les Sc. qui ont admis un droit de succession réciproque entre la mère et ses enfants.

(1) *Litem* ou *rem inofficiosi ordinare:* Pap., *D.*, XXVI, 2, 26, 2; Ulp., *h. t.*, 8. 1. On considère souvent la plainte d'inofficiosité comme une action spéciale analogue à l'action d'injures et distincte de la pétition d'hérédité. Elle aurait été créée par une loi Glitia dont on ne connaît que le nom (Gaius, *h. t.*, 4) pour les cas où les centumvirs étaient incompétents (Cf. Eisele, *Sav. Z.*, XV, 282). M. Jobbé-Duval nous paraît avoir démontré que la *querela* n'est qu'un incident de la *P. H.* (*Mélanges Gérardin*, p. 355. Cf. *N. R. H.*, XXVIII, 576; XXIX, 755; *Mélanges Fitting*, I, 439). Le rescrit de Valérien et Gallien (*C.*, III, 28, 16) prouve que l'*actio inofficiosi* est non pas une action en justice, mais l'un des moyens que l'on peut employer pour triompher dans une *P. H.* Celui qui renonce à développer ses conclusions par suite d'un dol de l'institué peut, lorsqu'il reconnaît son erreur, *repetere inchoatam actionem* : Paul, *h. t.*, 21 pr.

(2) Pap., *h. t.*, 16, 1 : *quæstionem inofficiosi testamenti recte perferre*. Carac., *C.*, VII, 16, 2 : *more solito quæri*; III, 28, 6.

(3) V. Max., *l. c.*, *Tabulæ testamenti plenæ furoris*. Cf. Quint., IX, 2, 9; Sen. *De clem.*, I, 14. Marcien (*h. t.*, 2) remarque que la folie n'est qu'un prétexte, sans quoi le testament serait nul au regard de tous.

(4) Ulp., *h. t.*, 8, 16 : *Testamentum* ipso jure *rescissum est*. Le testament est nul de plein droit. Cf. Jobbé-Duval, p. 386. Au début du VIIIe siècle de Rome, le fils d'un chevalier, adopté par son oncle maternel, fit déclarer par les centumvirs que le testament de son père naturel était non avenu. V. Max., *l. c.*, 2.

(5) Ulp., *h. t.*, 29 4.

(6) Paul (*h. t.*, 28) cite un décret d'Hadrien antérieur au Sc. Orfitien et décidant que les legs et les affranchissements contenus dans le testament inofficieux seront maintenus. Cette décision est incompatible avec les pouvoirs du juge dans la procédure formulaire. Il en est de même de la faculté d'interjeter appel : Ulp., *h. t.*, 27, 3 ; 14 pr. ; 29 pr. ; Marc. *D.*, XLIX, 1, 5, 1.

(7) Ulp., *h. t.*, 8, 16 : Paul, *h. t.*, 7 ; Sev., Carac., Alex., *C.*, III, 28, 1-12 ; Cf. Ulp., *h. t.*, 8, 2 : *Sæpissime rescriptum est.*

Dès lors la *querela* peut être intentée par tout descendant ou ascendant (1). Elle peut l'être aussi par l'enfant posthume, conçu lors du décès du testateur, et par les enfants naturels vis-à-vis de leur mère et de ses ascendants (2). — Si l'ayant droit ne veut pas ou ne peut pas attaquer le testament, l'héritier du degré subséquent est autorisé à exercer la *querela* (3).

La *querela* peut être formée également par les frères ou sœurs (4) : tous autres collatéraux sont exclus. Le droit des frères et sœurs a été restreint par une règle qui est due vraisemblablement à l'usage du tribunal des centumvirs, mais qui, à notre connaissance, n'a été formulée que par Constantin : il est réservé aux frères et sœurs consanguins et ne peut être exercé que si le testateur leur a préféré une personne indigne (*turpis persona*) (5).

3. Conditions requises. — Pour exercer la *querela*, il faut : que le plaignant soit le plus proche héritier ab intestat (6), sauf le cas de *successio in querelam* ; qu'il n'ait pas démérité (7) ; qu'il n'ait pas d'autre moyen de prendre une part de la succession. La plainte d'inofficiosité est une voie de recours subsidiaire. Elle s'éteint par l'effet de tout acte qui implique, de la part du plaignant, une approbation même indirecte du testament (8). Elle s'éteint aussi au bout de 5 ans, à dater de l'adition, suivant Ulpien, ou de la mort du testateur, suivant Modestin (9).

La *querela* n'est pas admise lorsque le testateur a laissé au plaignant par un acte à cause de mort une part convenable de sa fortune (10). La quotité, d'abord abandonnée à l'appréciation du tribunal (11), fut à l'exemple de la quarte Falcidie fixée à un quart de ce que le plaignant aurait eu ab intestat (12). Cette nouvelle quarte porte le nom de *quarte légitime*. La quotité avait déjà été fixée pour un cas particulier d'adoption par le Sc. Afinien, puis pour l'adrogation d'un impubère par Antonin le Pieux (13). Avant de calculer la quarte, on déduit les

(1) Val. Max., VII, 7, 1-5 ; Gaius, *h. t.*, 4 ; Marcel., 5.
(2) Ulp., *h. t.*, 6 pr. ; 29, 1.
(3) Paul., *h. t.*, 31 pr. Cf. Pap., 14.
(4) Ulp., *h. t.*, 1.
(5) *C. Th.*, II, 19, 1. Cf. V. Max., VII, 8, 4 : *Et erant ab eo (fratre) instituti heredes... humiles, ut... prælatio contumeliosa videri posset.*
(6) Ulp., *h. t.*, 6 pr., 1.
(7) Marcel., *h. t.*, 5 : *Hujus verbi de inofficioso vis illa est, docere immerentem se et indigne præteritum, vel etiam exheredatione summotum.* Par exception, l'exhérédation d'un fils qui n'a pas démérité est valable, si elle est faite *bona mente*. Tryph., *D.*, XXVII, 10, 16, 2 ; cf. Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 12, 2, XXVIII, 2, 18.
(8) *C.*, VI, 28, 4 pr. Ulp., *h. t.*, 8, 10 ; Paul, 31, 3 et 4 ; 32.
(9) *C.*, III, 28, 36, 2.
(10) Même par donation à cause de mort (Ulp., *h. t.*, 8). Ulpien applique la règle à la donation entre vifs (*eod.*, 25 pr.) s'il a été stipulé qu'elle serait imputée sur la quarte. Mais cette réserve inconnue à Pap., *D.*, XXXVIII, 16, 16, et à Alex., *C.*, VI, 20, 3, n'a été consacrée que par Just., *C.*, III, 28, 35, 1-3.
(11) Au temps de Pline (*Ep.*, V, 1) la question était encore douteuse.
(12) Pap., ap. Ulp., *h. t.*, 8, 8.
(13) P. 200, 7 ; 201, 3. La quarte Antonine comprend le quart des biens auxquels l'adrogé aurait droit comme héritier légitime ; elle est traitée comme une dette de la succession (Ulp., *h. t.*, 8, 15). D'après certains textes, un Sc. de Marc-Aurèle de l'an 176 aurait fixé à un quart le droit du fils sur les biens de son père (Malal., *Chronogr.*, XI, p. 28, et Zonar., XII, 1) et réciproquement. Cette règle fut

dettes et les frais funéraires, mais non les affranchissements (1).

4. Contre qui la *querela* est intentée. — La *querela* doit être formée contre l'héritier institué, mais seulement lorsqu'il a fait adition (2). Les légataires sont autorisés à intervenir au procès, s'ils craignent une collusion entre le plaignant et l'institué; ils peuvent aussi interjeter appel (3).

Si l'enfant exhérédé est en possession des biens héréditaires et que l'institué exerce contre lui la pétition d'hérédité, l'enfant peut soulever la question d'inofficiosité pour défendre ses droits (4). Si les biens de l'institué ont été confisqués ou si les biens héréditaires ont été appréhendés par le fisc comme biens vacants, le légitimaire peut exercer la *P. H.* contre le fisc et soulever la question d'inofficiosité devant le procurateur impérial (5).

5. Effets de la *querela*. — Le plaignant qui a gain de cause obtient l'hérédité tout entière. S'il y a plusieurs ayants droit et que l'un d'eux renonce à la plainte, celui qui suit l'instance profite, par voie d'accroissement, de la part de l'autre (6).

Lorsqu'il y a pluralité d'institués, l'ayant droit doit former une plainte contre chacun d'eux (7); le jugement obtenu contre l'un n'est pas opposable aux autres. Par suite, le testament peut n'être rescindé qu'en partie; le *de cujus* est ici par exception partie testat partie intestat (8). Si le plaignant succombe, il perd tout droit à ce que le défunt lui a laissé par testament; on lui en enlève le bénéfice comme à un indigne pour l'attribuer au fisc (9).

6. Bas-Empire. — L'usage de la plainte d'inofficiosité a été restreint : d'après une loi de l'an 361, la plainte n'est pas recevable lorsque le légitimaire a reçu quelque chose du testateur. L'application de cette règle est d'ailleurs subordonnée à la condition que le testateur ait prescrit de compléter la quarte *boni viri arbitratu*. On avait jugé excessif qu'il fût permis d'attaquer un testament, lorsque le légitimaire avait un peu moins que sa quarte, sans tenir compte d'une erreur commise par le testateur dans l'estimation de sa fortune, ou d'une plus-value posté-

étendue à la mère sans doute en exécution du Sc. Orfitien. Aucun changement ne fut d'ailleurs apporté aux règles de la *querela* : s'il y a lieu de l'exercer, l'ayant droit obtiendra, non pas seulement la quarte, mais la totalité de sa part ab intestat (cf. Alibrandi, *Studi Bologna*, 1888, p. 3; Voigt, *Bull. dir. R.*, IX, 114). Eisele (*Sav. Z.*, XX, 238) a révoqué en doute l'existence de ce Sc., mais ses critiques portent uniquement sur le témoignage peu exact d'un auteur du XIVe siècle, Nicéphore Callixte (Migne, *Patr. Gr.*, t. 145).

(1) Ulp., *h. t.*, 8, 9. Si la fortune consiste en esclaves, le légitimaire n'aura rien; et lorsque c'est un héritier sien, le mal est sans remède.

(2) *Ante aditam hereditatem nec nascitur querela* (Ulp., *h. t.*, 8, 10).

(3) Ulp., *h. t.*, 29 pr.; *D.*, XLIX, 1, 14 pr.

(4) Alex., *C.*, III, 28, 10 : *in modum contradictionis*. Dans la procédure extraordinaire, la *contradictio* contient l'exposé des moyens invoqués par le défendeur pour résister à la demande formée contre lui (p. 891).

(5) Ulp., *h. t.*, 8, 13.

(6) Diocl., *C.*, III, 28, 22. Paul, *h. t.*, 23, 2.

(7) En est-il de même lorsque parmi les institués il y a un légitimaire? La question est prévue par un texte de Paul (*h. t.*, 19) dont le sens est discuté. Cf. Labbé sur Machelard, 636.

(8) Pap., *h. t.*, 15, 2; Ulp., *h. t.*, 24; Paul., 19.

(9) Ulp., *h. t.*, 8, 14.

rieure à la confection du testament. Depuis l'an 528, la clause prescrivant de compléter la quarte est toujours sous-entendue (1).

Désormais le légitimaire qui a reçu quelque chose du testateur n'a qu'une action en complément de la quarte. Il est traité comme un créancier de la succession : il fait valoir son droit contre l'institué par une action personnelle *(condictio ex lege)*. La plainte d'inofficiosité n'est admise que si le légitimaire n'a rien reçu. D'après la Nov. 115 de l'an 542, il faut de plus, si c'est un légitimaire en ligne directe, qu'il ait été honoré du titre d'héritier.

D'autre part, les règles sur la plainte d'inofficiosité ont subi d'importantes modifications soit quant aux personnes admises à exercer la *querela*, soit quant au calcul ou même au montant de la légitime, soit enfin quant à la prescription : l'enfant omis est assimilé à l'enfant exhérédé ; les frères et sœurs consanguins ont droit à la *querela*, alors même qu'ils viennent à la succession à titre de cognats (2). La *querela* se transmet aux descendants lorsque l'ayant droit meurt pendant que l'héritier délibère (3). — Dans le calcul de la quarte, on ne compte pas seulement ce que le plaignant a reçu à cause de mort : on y joint ce qu'il a reçu à titre de dot, de donation *ante nuptias*, ou pour acheter une charge (4). — La prescription de 5 ans court, non plus de la mort du testateur, mais du jour de l'adition, qui doit avoir lieu dans les 6 mois ou dans l'année du décès, suivant que l'institué habite ou non la même province que le légitimaire (5).

D'autres innovations résultent des Novelles : *a*) le chiffre de la légitime (6) est élevé au tiers si le *de cujus* laisse 4 enfants ou moins, à la moitié s'il en laisse plus de 4 (*Nov.* 18, c. 1) ; *b*) les causes qui peuvent motiver l'exhérédation ou l'omission sont fixées par la loi : il y en a 14 pour les descendants, 8 pour les ascendants ; le testateur doit indiquer celle qui lui paraît applicable, et l'institué doit faire la preuve (*Nov.* 115, c. 3 ; 4) ; *c*) en l'absence d'une de ces causes, le testateur est tenu d'instituer les ayants droit en ligne directe ; il ne peut pas se contenter de leur laisser la légitime à titre singulier ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils reçoivent toute la légitime à titre d'héritier ; *d*) l'effet de la *querela* est limité à la rescision de l'institution : les autres dispositions conservent leur valeur (*Nov.* 115, c. 3, 15 ; c. 4, 9).

7. *Querela inofficiosae donationis dotis.* — La plainte d'inofficiosité a été étendue par Alexandre Sévère aux donations entre vifs excessives (p. 531) ; par Constance, aux constitutions de dot (7).

§ 4. Restrictions établies en faveur du patron. — L'affranchi doit

(1) *C. Th.*, II, 19, 4 ; *C.*, III, 28, 30.
(2) Just., *C.*, VI, 28, 4, 6 et 7 ; Constantin, *C. Th.*, II, 19, 1, interpolé dans *C.*, III, 28, 27. *Inst.*, II, 13, 7.
(3) Just., *C.*, III, 28, 34.
(4) Zeno, *eod.*, 29 ; Just., *eod.*, 30, 2.
(5) *Ibid.*, 36, 2.
(6) Au Bas-Empire, on emploie parfois le mot Falcidia (τὸ φαλκίδιον μέρος) pour désigner la quarte légitime, même lorsqu'elle a été élevée au tiers. Cf. Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'apokèryxis*, p. 39. Triantaphyllopoulos, Ὁ φαλκίδιος νόμος ἐν τῷ βυζαντινῷ δικαίῳ, 1912, p. 20.
(7) *C.*, III, 30, 1.

à son patron les égards d'un fils envers son père. Sans lui, il n'aurait acquis ni la liberté, ni la cité, ni le droit d'avoir un patrimoine (1). C'est là un bienfait inappréciable que l'affranchi ne peut méconnaître. Comme sanction du manque d'égards, le patron pouvait anciennement se réserver le droit de prendre, à titre d'associé, du vivant de l'affranchi, une part de ses biens, au maximum la moitié d'après l'édit du préteur Rutilius (2). Mais cette communauté forcée répugnait à l'idée du contrat de société : on la déclara nulle *ipso jure* (3), et l'on transforma le droit du patron en un droit de succession. L'affranchi a le devoir, lorsqu'il n'a pas d'enfant, de laisser à son patron la moitié de sa succession.

Ce droit de succession fut réservé au patron, à ses fils et à ses descendants par les fils. La loi Papia Poppæa en étendit le bénéfice à la patronne, lorsqu'elle avait 2 ou 3 enfants, aux filles et aux descendants par les filles du patron et de la patronne (4). Mais le patron ne vient à la succession de l'affranchi qu'au 2e rang (5), à défaut d'enfants issus de son mariage, et si minime que soit la part pour laquelle ils ont été institués (6). Ici encore la loi Papia a innové : lorsque l'affranchi a une fortune de 100 000 sesterces et au delà, et laisse moins de 3 enfants, le patron a droit à une part virile. A défaut du patron, cette part revient à ses fils. La patronne jouit du même droit si elle est ingénue, et a le *jus liberorum* (7).

1. *Querela patroni adversus libertum.* — Le droit du patron paraît avoir été d'abord sanctionné par une *bonorum possessio dimidiæ partis* ab intestat; il ne pouvait l'exercer que contre les *sui non naturales;* le Préteur estima que l'affranchi ne devait pas exclure son patron en faisant entrer dans sa famille un enfant adopté ou une femme *in manu* (8). Dans la suite, le Préteur accorda au patron une *bonorum possessio contra tabulas* toutes les fois que l'affranchi, n'ayant pas d'enfants *(sui naturales)* ou les ayant exhérédés, a manqué à son devoir en instituant un autre que son patron. C'était une atteinte à la liberté de tester; elle fut d'autant plus aisément admise que l'affranchi était protégé contre les exigences de son patron par l'exception *onerandæ libertatis*. Aussi donne-t-on au patron le choix, ou de réclamer les *libertatis causa imposita* ou de demander la *bonorum possessio* (9).

La *b. p. c. t.* accordée au patron a le caractère d'une *querela inofficiosi* (10); elle ne se perd ni par une émancipation ni par une adop-

(1) P. 104, 2. *Vat. fr.*, 225; Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 1 pr.; *D.*, XXXVII, 12, 1 pr.
(2) Ce préteur est vraisemblablement celui qui devient consul en 649.
(3) Lab., *D.*, XXXVIII, 1, 36; Ulp., *D.*, XLIV, 5, 1, 5 et 7.
(4) Ulp., XXIX, 6; Gaius, III, 50.
(5) Les règles sur la succession des affranchis sont exposées dans *Inst.*, III, 7.
(6) Ulp., XXIX, 1; Marcel., ap. Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 6 pr.
(7) Gaius, III, 42. Sous la République, la *querela* du patron n'avait pas de raison d'être contre le testament de ses affranchies, car elles ne pouvaient tester sans son autorisation : il en fut autrement lorsque la loi Papia eut délivré de la tutelle les affranchies ayant le *jus quatuor liberorum* (Gaius, III, 48).
(8) Gaius, III, 41.
(9) Paul, III, 2, 5. Cf. p. 103, 8; 104, 11.
(10) L'expression *querela patroni* est dans Ulp., *D.*, XXXVII, 14, 1; Mod., *D.*, II, 4, 25. Cf. Schmidt, *Das Pflichttheilsrecht des Patrons*, 1868, p. 85.

tion (1). Elle fait obtenir au patron une quote-part de l'hérédité, celle qu'il aurait recueillie ab intestat. Cette part est de moitié, quel que soit le nombre des ayants droit (2). S'il y a plusieurs patrons, ils prennent chacun une part virile, alors même qu'ils ont des droits inégaux à la propriété de l'esclave. — L'exercice de la *b. p.* a pour effet d'appeler concurremment à la succession de l'affranchi deux classes d'héritiers : les héritiers institués et le patron (3). C'est une dérogation à la règle qu'on ne peut mourir partie testat, partie intestat.

2. Actions Fabienne et Calvisienne. — L'affranchi ne peut porter atteinte au droit du patron, ni en mettant des legs à sa charge (4), ni par des aliénations frauduleuses entre vifs. Le patron peut faire révoquer ces aliénations par l'action *Fabiana* : cette action est donnée contre l'acquéreur même de bonne foi, mais seulement en raison et dans la mesure du préjudice causé au patron (5). Un préteur subséquent étendit cette règle au cas où l'affranchi est mort intestat : il promit au patron l'action *Calvisiana* (6). Dès lors la *querela patroni* n'est plus une simple restriction à la liberté de tester; c'est un droit qui s'exerce même ab intestat.

Le *parens manumissor* jouit en principe du même droit que le patron, mais lorsque son fils émancipé a institué une *turpis persona*, le père a droit à la totalité de la succession (7). A l'inverse, depuis le Sc. Orfitien, le père émancipateur n'a aucun droit à la succession de sa fille émancipée qui laisse des enfants.

CHAPITRE III

Successions ab intestat

I. Loi des Douze Tables.

Au temps des Douze Tables, alors que le testament a un caractère exceptionnel, la succession ab intestat s'ouvre à défaut d'héritier domestique ou testamentaire : la loi attribue la propriété des biens de famille au plus proche agnat, sinon aux *gentiles* du défunt (8). Le droit des

(1) Ulp., *D.*, XXXVIII, 2, 12, 7; Jul., 23 pr.; Ter. Clem., 39. La *capitis deminutio minima* est ici sans influence (p. 112). Cf. Leist-Glück, ib. 37-38; V, 459.

(2) La qualité des ayants droit et l'état de la succession s'apprécient au moment de la mort de l'affranchi (Pomp., *D.*, XXXVIII, 2, 2, 1; Ulp., 3, 20).

(3) Paul., *D.*, XXXVII, 1, 6 pr.

(4) Marcel., *D.*, XXXI, 28. On n'exige pas que l'affranchi ait agi par dol (*h. t.*, 1, 1).

(5) Ulp., *h. t.*, [*D.* XXXVIII, 5], 1, 15 : *Fraus enim in damno accipitur pecuniario*. Cf. Pomp., *eod.*, 1, 14 : s'il y a eu donation à une personne interposée, le patron peut à son choix agir contre le donataire réel ou contre le donataire apparent. Tel est l'avis de l'auteur du frg. *de formula Fabiana* qui, suivant toute vraisemblance, est Paul. Javolenus (*h. t.*, 12) n'accordait l'action que contre le donataire réel.

(6) Ulp., *h. t.*, 3, 3.

(7) Ulp., *D.*, XXXVII, 12, 1, 2; Paconius, ap. Paul., *eod.*, 2 pr.

(8) Ulp., XXVI, 1 : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto... Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Le début de cette règle est conçu comme celui d'une loi attique citée par Dem., c. *Macartat.*, 51.

gentiles est bien moins un droit de succession qu'un droit de retour (1). Cela est vrai surtout pour les terres, qui étaient anciennement la propriété collective de leurs ancêtres ou qui leur avaient été concédées en bloc lors de leur admission dans la cité. La loi des Douze Tables a consacré ce droit de retour sous une seule réserve : elle accorde au plus proche agnat, quel que soit son degré, un droit de préférence. C'était un moyen de diminuer les chances de morcellement entre tous les membres de la *gens*. La loi ne donne pas au plus proche agnat le titre d'héritier : elle lui confère directement la propriété.

La proximité du degré s'apprécie le jour où il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire. Si l'agnat renonce à s'en prévaloir, la propriété passe aux *gentiles :* il n'y a pas de dévolution aux agnats du degré subséquent (2).

Le régime consacré par les Douze Tables a été modifié d'assez bonne heure : la distinction des héritiers domestiques et des successeurs ab intestat aux biens de famille a disparu. Les uns et les autres sont des héritiers appelés à recueillir l'ensemble des biens du défunt, à défaut d'héritier testamentaire. C'est une conséquence, d'une part, de l'introduction de la liberté de tester, d'autre part, de la suppression de la distinction des biens de famille et des autres biens. L'héritier sien, qui peut être exhérédé par la seule volonté du père, a un droit moins fort que par le passé. L'agnat n'est plus un simple acquéreur des biens de famille : il reçoit le titre d'héritier (3). A l'exemple des pontifes qui avaient fait de l'agnat le continuateur du culte, lorsqu'il recueillait ab intestat la majeure partie des biens, les Prudents ont considéré l'agnat comme le continuateur de la maison, lorsqu'il est appelé par la loi à recueillir la succession (4). Ils ont interprété dans le sens le plus large la vocation à la *familia* conférée par la loi (5).

Les héritiers siens et les agnats forment deux classes distinctes d'héritiers ab intestat : sont appelés en première ligne les héritiers siens ; à leur défaut, les plus proches agnats.

Le droit attribué aux agnats par les Douze Tables a été plus tard restreint par la jurisprudence : les agnates au delà du degré des consanguins furent exclues de la succession. On refusa de les considérer comme rentrant dans les prévisions de la loi décemvirale. Le droit de retour, qu'elle avait créé pour les biens de famille et qu'on avait étendu

(1) Le droit de retour est invoqué pour les *gentiles* par Cicéron (*De Or.*, I, 39 : *Claudii... ejusdem hominis hereditatem gente ad se redire dicebant*) ; pour les agnats par Térence (*Andr.*, IV, 5, 4) et par Paul (*D.*, XXXVIII, 10, 10 pr.) : *quia legibus hereditates et tutelæ ad proximum agnatum redire consuerunt*. Le droit des *gentiles* n'est pas resté le privilège des patriciens. Certaines familles plébéiennes se sont donné une organisation analogue à celle des *gentes* patriciennes et ont formé des souches (*stirpes*). L'usage a admis un *jus stirpis* conférant les mêmes avantages que le droit gentilice quant à la succession ab intestat et à la tutelle. (Cic., *l. c.*, 38).

(2) Gaius, III, 12 : *Nec in eo jure successio est*. Cf. Lenel, *Sav. Z.*, XXXVII, 119.

(3) Gaius, III, 9 et 17.

(4) *Inst.*, III, 2, 3a, fait allusion à l'œuvre de la *media jurisprudentia, quæ erat lege quidem XII tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior*.

(5) D'après Ulpien (*D.*, L, 16, 195, 1), le mot *familia* désigne, dans ce passage des Douze Tables, des objets corporels *(res)*, et non une *universitas juris* telle que l'hérédité.

à tous les biens indistinctement, n'avait de raison d'être qu'entre personnes ayant collaboré à la formation du patrimoine du *de cujus*. Or depuis que les liens de famille s'étaient relâchés et que la vie en commun de tous les agnats avait à peu près disparu, il n'y avait guère que les consanguins qui remplissaient cette condition. Le plus proche agnat était généralement un collatéral, frère ou sœur, qui avait vécu avec le *de cujus* ou avec le chef de la famille; il avait par son travail accru le patrimoine du défunt : il était juste de le préférer à tous les autres. Ce raisonnement aurait dû faire exclure les agnats non consanguins aussi bien que les agnates. Liés par le texte de la loi qui appelait le *proximus agnatus*, les Prudents n'ont visé que les agnates parce qu'ils pouvaient ici s'appuyer sur la loi Voconia (1).

La préférence accordée aux consanguins dans l'ordre des agnats eut pour effet d'atténuer les conséquences d'une règle qui ne convenait plus à une époque où les liens de l'agnation étaient moins étroits. Les Prudents ont favorisé le mouvement d'opinion qui commençait à se manifester en faveur de la parenté naturelle. Aussi lorsque le Préteur voulut créer la vocation des agnats à la *bonorum possessio*, trouva-t-il le terrain préparé pour cette réforme.

II. **Édit du Préteur.**

Le système de l'hérédité légitime, établi par les Douze Tables, appartient au droit strict : il refuse à l'émancipé tout droit sur les biens de son père; il exclut les agnats qui ont subi une *capitis deminutio* aussi bien que ceux qui ne sont pas au degré le plus proche; il ne reconnaît à la mère mariée *sine manu* aucun droit sur les biens de ses enfants et réciproquement (2). L'édit Prétorien a fait disparaître ces règles contraires à l'équité, grâce à l'extension de la *bonorum possessio* (3).

Dès le VI[e] siècle, le Préteur avait promis d'accorder la possession des choses corporelles héréditaires à deux classes de personnes (4) : à l'héri-

(1) PAUL, IV, 8, §§ 3, 22; GAIUS, III, 23. Il est difficile d'admettre avec SAVIGNY (*Verm. Schr.*, I, 439), que l'exclusion des consanguines soit due aux interprètes des Douze Tables qui se seraient inspirés d'un sentiment analogue à celui qui motiva plus tard la loi Voconia. Les causes qui ont provoqué cette exclusion n'existaient pas encore, et les Prudents n'avaient pas le pouvoir de refuser à un citoyen l'exercice d'un droit consacré par la loi. Cf. KARLOWA, II, 823; VOIGT, I, 510.

(2) GAIUS, III, 18-24. Cf. KÜBLER, *Sav. Z.*, XLI, 15.

(3) Nous laissons de côté les *B. P.* relatives à la succession des affranchis. Voir GAIUS, III, 39-76; ULP., XXIX; *Inst.*, III, 9, 3 et 6.

(4) On a essayé de bien des manières d'expliquer l'origine de la *bonorum possessio*. On trouvera l'indication des conjectures proposées dans LEIST (*Glück-Pand.*, livres 37-39, 1870), I, 43; ALIBRANDI, *De bonorum possessionibus*, 1869; SCHMIDT, *Sav. Z.*, XVII, 324. Certains auteurs attribuent la création de l'interdit *quorum bonorum* à la même cause qui a, suivant eux, fait établir l'*uti possidetis* : le règlement de la possession intérimaire dans l'action de la loi par serment. La *b. p.* serait un épisode de la pétition d'hérédité. Elle aurait pour but d'anticiper les effets du jugement que le Préteur suppose devoir être rendu en faveur du *bonorum possessor*. Le Préteur s'engagerait par son édit à donner les *vindiciae* à l'héritier testamentaire ou légitime (ACCARIAS, I, 1214; GIRARD, 957). Mais on ne voit pas quelle nécessité aurait, au temps des actions de la loi, conduit le Préteur à prendre à l'avance cet engagement : dans l'action *per sacramentum*, les deux plaideurs sont tenus de prouver leur droit; dès lors l'avantage pour celui qui est constitué possesseur est illusoire, ou bien, si aucun des plaideurs ne réussit à prouver son affirmation, on laisse en possession une personne qui ne peut démontrer son droit à

tier qui produit un testament revêtu du sceau de chacun des témoins; à défaut d'héritier testamentaire, à l'héritier légitime. Dans le premier cas, la *b. p.* était dite *secundum tabulas;* dans le second, *unde legitimi* (1). Pour obtenir la *b. p. secundum tabulas,* il faut : un testament régulier rédigé par écrit (2); que les tablettes soient présentées (3); qu'elles soient revêtues des cachets des témoins dont le nombre est fixé par la loi (4); que ces tablettes contiennent les dernières volontés du testateur.

A défaut d'héritier testamentaire ou légitime, plutôt que de laisser les biens vacants à la merci du premier venu, le Préteur promit de les attribuer aux personnes qu'il lui paraîtrait équitable d'appeler à la succession. Cette extension de la *bonorum possessio* était admise au temps de Cicéron (5). Elle eut pour effet de modifier le caractère et la portée de la *b. p. :* pour les successibles dont la vocation n'avait d'autre fondement que l'édit du Préteur, la *b. p.* fut un bénéfice (6) qui les plaça dans une situation analogue à celle d'un héritier. La *b. p.* s'appliqua non seulement aux objets corporels héréditaires, mais à l'ensemble des biens du défunt (7). L'ayant droit acquit, sinon la propriété quiritaire, du moins l'*in bonis.* Il fut protégé par l'interdit *q. b.* pour les choses corporelles, par des actions fictices pour les créances; réciproquement il put être poursuivi par les créanciers du défunt au moyen d'actions fictices. En un mot, le *bonorum possessor* est, depuis la fin de la République, l'héritier du droit prétorien; la *b. p.*, c'est la succession réglée par l'édit du Préteur (8).

Le Préteur ne s'est pas contenté de combler les lacunes du droit civil en appelant à la succession des personnes qui n'y ont aucun droit : il a réformé le droit civil en promettant la *b. p.* à des personnes auxquelles la loi refuse la qualité d'héritiers (9). La création d'un nouveau régime

l'hérédité. Dans le premier cas, la *b. p.* est sans utilité; dans le second elle confère un bénéfice à qui ne le mérite pas.

(1) L. Papirius Maso, préteur en 578 (Liv., XLI, 1), accorda la *b. p. s. t.* à un enfant né 13 mois après la mort de son père. (Sab., ap. Plin., *H. n.*, VII, 1, 5.) A l'époque de Cicéron (2ª *in Verr*, I, 44), l'édit relatif à ces deux *bonorum possessiones* était depuis longtemps usité : *In re tam usitata satis est ostendere omnes antea jus ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.*

(2) *Inst.*, III, 9, 1 : *Recte facto testamento.* Le mot *recte* désigne ici un acte fait suivant les prescriptions du droit; or, le seul testament régulier que l'on connaisse au VIe siècle, c'est le testament *per œs et libram.* Certains auteurs pensent que la *b. p.* a toujours exigé un testament prétorien. Mais ce testament était encore, au temps de Gaius (II, 119, 147, 149), *non jure factum*; puis il n'est pas vraisemblable que le Préteur ait consacré un nouveau mode de tester à une époque si voisine de celle où les Prudents avaient transformé le testament par mancipation pour répondre aux besoins de la pratique. Il a dû s'écouler un certain temps avant qu'on ait senti les inconvénients de ce mode de tester et qu'on ait eu la pensée de le simplifier.

(3) Cic., 2ª *in Verr.*, I, 45 : *Si tabulæ testamenti... ad me proferentur...* En droit classique, il suffit d'alléguer l'existence des tablettes, pourvu qu'elle soit certaine. (Ulp., *D.*, XXXVII, 11, 1, 2).

(4) *Ibid. : Obsignatæ non minus multis signis quam e lege opportet.*

(5) Cic., *Orat. part.*, 28 : *Cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio, in quibus causis quid æquius æquissimumve sit quæritur.*

(6) Gaius, III, 34.

(7) Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 3, 1-2 : *Est enim juris magis quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.*

(8) Gaius, IV, 34 : *Cum enim prætorio jure succedat in locum defuncti.*

(9) D'après *Inst.*, III, 9 pr., la *b. p.* aurait été introduite pour amender le droit civil. Il est difficile de croire que le Préteur se soit, dès l'abord, posé en réforma-

successoral, à côté de celui qui reposait sur la coutume des ancêtres et sur les Douze Tables, fut la conséquence des changements survenus à cette époque dans la constitution de la famille : le Préteur tient compte des liens du sang à côté de ceux de l'agnation (1). Il promet la *b. p.* ab intestat à quatre classes de personnes dans l'ordre suivant (2) :

§ 1er. **B. P. unde liberi.** — Les *liberi* sont les enfants ou descendants, même ceux qui ont perdu la qualité d'héritiers siens par suite d'une *capitis deminutio*. Toutefois les enfants donnés en adoption n'ont pas droit à la *B. P.* tant qu'ils sont dans leur famille adoptive.

Cette *B. P.* fut d'abord accordée aux héritiers siens et aux enfants émancipés ; mais pour l'émancipé, elle n'était efficace que s'il était en présence de tiers : s'il était en concours avec un héritier légitime, il était exposé à être évincé ; la *B. P.* n'était donnée par le Préteur que *sine re*. Avec le temps, le Préteur, se sentant appuyé par l'opinion publique, prit sur lui de garantir le *bonorum possessor* contre l'éviction ; il donna la *B. P. cum re* (3). L'ordre successoral établi par l'édit fut dès lors appliqué de préférence à celui du droit civil : l'émancipé obtint la succession à l'exclusion des agnats, en concours avec les héritiers siens, mais dans ce cas, il fut soumis à la *collatio*. Cette première application de l'édit a été restreinte au IIe siècle, pour une raison d'équité, dans le cas où l'émancipé est en concours avec son fils resté en la puissance du grand-père : au lieu de l'exclure entièrement, il ne lui enlève que la moitié de la succession. Tel est l'objet de la *nova clausula* introduite par Julien dans l'édit perpétuel (4).

La même raison d'équité conduisit la jurisprudence du temps des Antonins à étendre le bénéfice de la *B. P. unde liberi* à l'enfant né après l'émancipation de son père, pour la succession de son grand-père (5) ; à l'enfant resté en la puissance de son grand-père, pour la succession de son père émancipé (6) ; à l'enfant donné en adoption, mais émancipé du vivant de son père naturel ; au fils d'un enfant donné en adoption puis émancipé : bien qu'il n'ait jamais été sous la puissance de son grand-père maternel, le Préteur l'appelle à sa succession (7). Il y eut

teur. Justinien a été induit en erreur par la forme de l'exposé de Gaius. Gaius, voulant montrer combien était étroit le système successoral des Douze Tables, a dû citer en première ligne les cas où il était le plus défectueux, ceux où il exclut les enfants émancipés, les parents par les femmes ; il n'a parlé qu'en dernier lieu des cas où le Préteur a facilité l'exécution du droit civil. Il serait inexact d'en conclure que l'ordre, qu'il a jugé le meilleur pour sa démonstration, est conforme à l'ordre du développement historique.

(1) La *b. p. unde cognati* apparaît à la fin du VIIe siècle (VAL. MAX., VII, 7, 5 ; CIC., *p. Cluent.*, 60.)

(2) D'après *Inst.*, III, 9, 7, la loi elle-même a créé une *b. p.* au profit de certaines personnes, appelées à la succession testamentaire ou ab intestat par le droit nouveau. Cette *b. p.* est déférée par le Préteur *uti ex legibus* (ULP., *D.*, XXXVIII, 14, 1. Cf. GAIUS, III, 47 ; 52.

(3) ULP., XXVIII, 8 ; 13 ; GAIUS, II, 148. Les empereurs ont contribué à ce développement du droit prétorien (p. 709, 9).

(4) ULP., *D.*, XXXVII, 8, 1, 1 ; MARCEL., *eod.*, 3.

(5) M. AUR. et VERUS, ap. ULP., *D.*, XXXVII, 6, 5 pr.

(6) *Ibid.* ; cf. *D.*, XXXVIII, 6, 6 ; MOD., *D.*, XXXVII, 8, 4.

(7) GAIUS, II, 137 ; JUL., ap. AFR., *D.*, XXXVII, 4, 14, 1. Ulpien (*eod.*, 3, 7) accorde le même droit au petit-fils que le grand-père a donné en adoption à son fils émancipé : si le père meurt le premier, le petit-fils est appelé par le Préteur à la succession de son grand père.

plus de difficulté pour le cas où le père d'un enfant émancipé a été adrogé ; mais la même solution a prévalu : l'émancipé ne doit pas souffrir de ce que son père s'est donné en adrogation (1).

§ 2. **B. P. unde legitimi.** — Les *legitimi* sont : *a*) Les trois classes de personnes appelées par les Douze Tables : héritiers siens, agnats, *gentiles*. Pour les *sui*, cette *B. P.* fait double emploi avec la précédente, mais elle a l'avantage de leur assurer un nouveau délai pour demander la succession ; quant aux agnats, le Préteur ne fait aucune distinction de sexe. — *b*) Les personnes qui, postérieurement aux Douze Tables, ont obtenu un droit de succession ab intestat : la mère, par rapport à ses enfants et réciproquement, d'après les Sc. Tertullien et Orfitien (2).

§ 3. **B. P. unde cognati.** — Cette *B. P.* peut être invoquée soit par les héritiers siens qui ont laissé écouler les délais des deux précédentes, soit par les agnats qui n'ont pas demandé la *B. P. unde legitimi* (3). Le Préteur appelle les cognats jusqu'au 6[e] degré et même au 7[e] les enfants de cousins issus de germains (4). Il s'écarte ici de la règle consacrée par la loi Cincia pour suivre celle qui fut introduite par la loi Furia.

§ 4. **B. P. unde vir et uxor.** — A défaut de parent, le Préteur appelle le conjoint survivant à la succession du conjoint prédécédé. Cette *B. P.* est la plus récente que l'Edit ait consacrée : elle ne paraît pas antérieure à l'Édit perpétuel (5).

III. Sénatusconsultes Tertullien et Orfitien.

Pendant que la jurisprudence du temps des Antonins développait le système successoral introduit par le Préteur en accordant la *B. P.* à un plus grand nombre de cognats et au conjoint survivant, deux sénatusconsultes firent une brèche plus large dans le système du droit civil en attribuant à de simples cognats la qualité d'héritiers légitimes (6).

§ 1[er]. — Le Sc. Tertullien, rendu sous Hadrien (7), accorde à la mère

(1) Ulp., *eod.*, 17.
(2) Ulp., *D.*, XXXVIII, 9, 1, 11 (cf. p. 718, 11) ; XXXVIII, 7, 2, 2 ; 2, 4.
(3) La *cognatio servilis* n'y donne pas droit (Ulp., *D.*, XXXVIII, 8, 1, 2).
(4) Ulp., *eod.*, 1, 3 ; Treb., ap. Paul, *D.*, XXXVIII, 10, 10, 18.
(5) Ulp., *D.*, XXXVIII, 11, 1. Voir cep. Leist-Glück, I, 65. Cf. sur la date des autres *B. P.*, p. 709, 7 ; 720 ; 721, 1.
(6) Divers textes non juridiques signalent un Sc. de l'an 176, qui accorda au père un droit de succession ab intestat sur les biens de son fils. Jusqu'alors le père n'avait eu droit à la succession de son fils devenu *sui juris* qu'à titre de *parens manumissor* ou de cognat. Désormais il eut un droit analogue mais supérieur à celui que le Sc. Tertullien avait accordé à la mère (Ulp., XXVI, 8 ; *D.*, XXXVIII, 17, 2, 15 ; *Inst.*, III, 3, 3). Telle était d'ailleurs la règle consacrée par l'édit pour la *B. P. unde cognati* (Paul, 5, 2). Mais le droit du père resta primé par celui des agnats (Ulp., *eod.*, 2, 17 : *Patrem agnatus excludit*), tandis que la mère fut préférée à tout agnat autre qu'un frère ou une sœur consanguins du *de cujus*. — Ce Sc., dont la date est fixée par *Chron. Pasch.*, I, 489 (éd. Dindorf), était le complément naturel du Sc. Tertullien. On ne voulut pas que le père fût moins favorisé que la mère lorsqu'il ne pouvait recueillir les biens de son fils ni à titre de pécule, ni comme *parens manumissor*. On lui donna, comme à la mère, un droit préférable à la *B. P. unde cognati*.
(7) *Inst.*, III, 3, 2. Cf. Tryphon., *D.*, XXXIV, 5, 9, 1. C'est à tort qu'on a cité en sens contraire un passage de Zonaras (XII, 1) qui parle d'une constitution d'Antonin le Pieux. Ce passage se réfère au Sc. de l'an 176 ; il cite en effet une seconde disposition établissant une quarte au profit des enfants sur les biens de leurs parents ; or cette règle est étrangère au Sc. Tertullien.

un droit à la succession ab intestat de ses enfants, alors même qu'ils seraient nés hors mariage (1). Mais le Sénat n'a pas eu la pensée de consacrer le droit naturel de la mère : à l'exemple des lois caducaires, il a donné une prime à la fécondité. Cette prime est réservée à la mère qui a le *jus liberorum* ; il faut qu'elle ait donné le jour à 3 enfants si elle est ingénue, à 4 si elle est affranchie. La mère ne vient d'ailleurs qu'à défaut des descendants et des frères consanguins du *de cujus*. En présence de sœurs consanguines, elle a droit à une part virile (2).

§ 2. — Le Sc. Orfitien, rendu en 178 sous M. Aurèle et Commode (3), modifia plus profondément encore les principes du droit ancien : il appelle les enfants à la succession de leur mère au premier rang, avant même les agnats. C'est un abandon du principe de la conservation des biens dans la famille de la femme et du principe de la délation des biens aux membres de la famille agnatique. Ici le droit héréditaire est fondé uniquement sur la parenté naturelle : il appartient même aux enfants nés hors mariage et ne s'éteint pas par la *capitis deminutio*.

Les Romains ont eu conscience de l'atteinte portée au régime successoral du droit ancien par ces sénatusconsultes : ils opposent le *senatusconsulti commodum, beneficium* (4) au *jus antiquum*. Ce bénéfice fut d'ailleurs réservé aux descendants et aux ascendants du premier degré ; au Bas Empire, sous l'influence du christianisme, on l'a étendu aux grands-parents (5).

IV. Réformes introduites au Bas-Empire.

Ces réformes eurent pour but principal : d'accroître les droits des cognats en tenant compte de la parenté par les femmes et de la parenté formée pendant l'esclavage ; de déférer la succession d'après les affections naturelles du défunt ; de supprimer les restrictions arbitraires résultant de lois qui n'étaient plus en harmonie avec les mœurs (6) ; d'unifier le régime successoral en assimilant la *bonorum possessio* à l'hérédité quant à ses effets ; d'attribuer à certaines corporations la succession des membres morts sans héritier (7).

§ 1er. **Droits des cognats.** — 1. Mère. — Les droits attribués à la mère par le Sc. Tertullien ont été réglés à nouveau pour les concilier avec ceux des proches parents du défunt : depuis Constantin, si la mère est en concours avec des oncles paternels ou avec leurs enfants ou petits-enfants, elle n'a que deux tiers de la succession. En même temps on a, dans une certaine mesure, rendu son droit indépendant du *jus liberorum* : la mère qui ne jouit pas de ce privilège, obtient un tiers de la

(1) Jul., ap. Ulp., *h. t.* (*D.*, XXXVIII, 17), 2, 1.
(2) Paul, IV, 9, 9 a. ; Ulp., XXVI, 8 ; *h. t.*, 14.
(3) Ulp., XXVI, 7 ; *Inst.*, III, 4 pr. ; Ser. Scipio Orfitus, Velius Rufus Julianus furent consuls en 178 : cf. *Ephem. epigr.*, IV, 505.
(4) Ulp., *h. t.*, 9 et 10 ; 2 pr.
(5) Valent. II, *C. Th.*, V, 1, 4 (préfecture des Gaules, 389).
(6) Lois caducaires sur le *jus liberorum* (*C.* VIII, 55, 2) ; restrictions inspirées par la loi Voconia.
(7) Ce sont : le collège des naviculaires (Constantin, *C.*, VI, 62, 1) ; les légions, les *cohortales* (Constantin, *eod.*, 2-3) ; les curies, les *fabricenses* (Theod. II, *eod.*, 4-5) ; les églises et monastères (*Ibid.*, *C.*, I, 3, 20 ; *Nov.*, 131, c. 13).

succession lorsqu'elle est en concours avec les agnats autres que des frères et sœurs. — Cette règle a été, en Orient, rectifiée sur un point par Valens, en 369; les frères émancipés, qui dans l'ordre des cognats sont préférés aux oncles paternels, leur seront également préférés s'ils concourent avec la mère; ils auront droit à un tiers si la mère a le *jus liberorum*, à deux tiers dans le cas contraire. — Un demi-siècle plus tard, en 426, Valentinien III appliqua, en Occident, ce régime avec deux modifications : lorsque la mère est en concours avec des frères émancipés, des oncles paternels, ou à défaut avec leurs enfants ou petits-enfants, elle a droit aux deux tiers de la succession, qu'elle ait ou non le *jus liberorum*; elle est toujours exclue par les descendants du défunt (1).

Justinien a modifié le droit de la mère en concours avec des frères ou sœurs : il lui donne une part virile. Puis il a rendu ce droit indépendant soit du *jus liberorum*, soit de la condition originaire de l'enfant : la mère d'un esclave affranchi peut lui succéder, si elle-même est devenue libre (2). Cette double réforme est la conséquence de l'abrogation des lois caducaires et de la règle *cognatio servilis nulla est*, qui répugnaient à l'esprit du christianisme.

2. Descendants. — Le droit des descendants est indépendant de l'agnation. La réforme, commencée par le Préteur pour les enfants émancipés ou donnés en adoption, a été complétée par les dispositions prises en faveur des descendants par les femmes. Dès l'an 389, une loi adressée au préfet des Gaules avait conféré aux petits-fils le droit de succéder à leur grand-père maternel à la place de leur mère prédécédée; mais en présence d'héritiers siens ils n'avaient que 2/3 de la part de leur mère; en présence d'agnats, 3/4. Sous Justinien, les descendants, quels qu'ils soient, succèdent à l'exclusion des agnats (3).

3. Collatéraux. — Les frères et sœurs émancipés, les frères et sœurs utérins, succèdent au même rang que les agnats. A leur défaut, les enfants au 1er degré d'un frère émancipé ou utérin, d'une sœur consanguine ou utérine ont les droits des agnats (4).

§ 2. **Délation de la succession d'après les affections naturelles du défunt.** — Ce principe, qui devait recevoir une si large application dans les Novelles 118 et 127, s'est développé progressivement. Il a inspiré les décisions qui précèdent; il apparaît dans les règles sur la succession de l'émancipé : le père émancipateur, au lieu de venir au premier rang comme un patron, n'est appelé qu'en troisième ligne, à défaut de descendants et de frères et sœurs (5). De même pour la suc-

(1) *C. Th.*, V, 1, 11; 2; 7; 3 et 8.
(2) *C.*, VI, 56, 7; *Nov.*, 22, 47, 2; *C.*, VIII, 58, 2; *Inst.*, III, 6, 10. La mère d'un affranchi était vraisemblablement exclue par le patron. On a soutenu le contraire en se fondant sur un texte peu explicite (*C.*, VI, 4, 11).
(3) *C. Th.*, V, 1, 4; *C.*, VI, 55, 12.
(4) Just., *C.*, VI, 58, 14; 15. Cf. Anastas., *eod.*, 15, 1; *Inst.*, III, 5, 1.
(5) Just., *C.*, VI, 56, 7; VI, 58, 13. Dès l'an 383, une loi relative à l'Italie (cf. Cuq, sur Borghesi, X, 551) avait décidé que les enfants d'une fille émancipée seraient préférés aux père et mère (*C. Th.*, V, 1, 3; *C.*, VI, 59, 4).

cession du fils de famille, dont les biens étaient autrefois attribués au père comme un pécule.

§ 3. **Réforme des *bonorum possessiones*.** — La dualité du régime successoral a presque entièrement disparu dans la réalité (1), sinon dans la terminologie. S'il y a encore des *bonorum possessiones* (2), il n'y a plus deux sortes de succession civile ou prétorienne, produisant des effets distincts. La *bonorum possessio* est toujours *cum re* (3); elle confère la propriété quiritaire sans le secours de l'usucapion (4).

§ 4. **Régime des Novelles de Justinien.** — Les réformes partielles, introduites dans le régime des successions ab intestat, l'avaient rendu très compliqué; c'était une collection de règles procédant de principes divers. Justinien résolut de le simplifier en écartant définitivement le système des Douze Tables fondé sur l'agnation et en réglant la délation des successions d'après les affections naturelles du défunt (5). Il distingue quatre classes d'héritiers; dans chacune d'elles, si le successible ne veut ou ne peut recueillir la succession, il y a dévolution de degré à degré; à défaut d'héritiers dans une classe, il y a dévolution à la classe subséquente.

1. Les *descendants* immédiats. S'il y en a plusieurs, le partage se fait par souches. La proximité du degré n'est pas ici une cause de préférence : le petit-fils (d'un fils prédécédé) concourt avec le fils survivant. Mais dans chaque souche le partage se fait par tête; les plus proches excluent les plus éloignés.

2. Les *ascendants* les plus proches. S'il y en a plusieurs au même degré, ils partagent par tête; s'ils appartiennent à des lignes différentes, chaque ligne a droit à la moitié, et l'on partage par tête entre ceux qui en font partie. Par exception, les frères et sœurs germains concourent avec les ascendants; le partage a lieu par tête. Les enfants des frères ou sœurs germains prédécédés prennent la place de leur père ou mère (6).

3. Les *collatéraux privilégiés*. Les frères et sœurs germains et leurs enfants au premier degré excluent les collatéraux du même degré : frères ou sœurs consanguins ou utérins.

4. Les *collatéraux ordinaires*, tels que frères et sœurs consanguins ou utérins, petits-enfants de frères ou sœurs germains. Le plus proche exclut le plus éloigné; entre collatéraux du même degré, le partage se fait par tête.

(1) La différence subsiste quant aux délais pour délibérer, quant à la transmissibilité du droit héréditaire lorsque le successible est un descendant qui meurt après l'année sans avoir pris parti.

(2) Il n'en reste que sept dans le droit antérieur aux Novelles : *contra* ou *secundum tabulas*, *unde liberi*, *legitimi*, *cognati*, *unde vir et uxor*, *uti ex legibus*.

(3) La *b. p. sine re* a disparu dans les compilations de Justinien; on en a par mégarde conservé une application dans Ulpien (*D.*, XXVIII, 3, 12 pr.).

(4) *Inst.*, III, 9, 12, semble dire qu'en vertu de lois antérieures (*C.*, VI, 9, 8-9), la *b. p.* s'acquiert comme l'hérédité par une simple manifestation de volonté. Mais les textes précités n'ont pas cette portée, et l'innovation attribuée à Justinien est elle-même douteuse à cause de l'obligation de se prononcer *intra statuta tempora* : la fin de non-recevoir, tirée de l'expiration des délais, ne paraît s'appliquer qu'à l'*agnitio* (contra, Accarias, I, 1279).

(5) *Nov.*, 118, de l'an 543.

(6) *Nov.*, 127, de l'an 547.

A défaut de parents, la succession est déférée au *conjoint survivant*, comme en droit prétorien. La préférence accordée aux parents, même collatéraux, était excessive : on la justifiait en disant que le conjoint n'était pas un successible désigné par la nature (1).

Justinien atténua la rigueur de cette règle en faveur du conjoint pauvre : en présence de parents, il lui accorde le quart de la succession; mais on impute sur la quarte les legs que le conjoint peut avoir reçus. Par exception, lorsqu'il y a plus de trois enfants, la veuve n'a qu'une part virile en propriété si les enfants sont d'un autre lit, en usufruit si elle concourt avec ses propres enfants. En aucun cas, elle ne peut avoir plus de cent livres d'or (2). — A défaut de veuve ou d'enfants légitimes, les enfants naturels et leur mère ont droit à 1/6 de la succession. Cette quotité se partage par tête entre les ayants droit (3).

CHAPITRE IV

Acceptation et répudiation des successions.

I. Acceptation.

En général, l'acquisition d'une succession exige un acte d'acceptation de la part de l'héritier. Mais il y a des cas où l'acquisition a lieu de plein droit au profit de certains héritiers; il y en a d'autres où elle se réalise par usucapion, au préjudice de l'héritier et au profit d'un tiers (p. 736). On ne s'occupera ici que de l'acquisition par l'héritier. A cet égard on distingue trois classes d'héritiers : les héritiers siens et nécessaires, les héritiers nécessaires, les héritiers externes (4).

Les héritiers *siens* et *nécessaires* acquièrent la succession de plein droit. Ce sont : 1° les enfants ou descendants nés en légitime mariage et qui sont à la mort du chef de famille sous sa puissance immédiate. Aucune distinction de sexe ni de primogéniture; peu importe qu'ils soient issus de différents mariages (Cf. C. civ. 745). Si le *de cujus* laisse des descendants à des degrés inégaux, par exemple un fils et un petit-fils issu d'un fils prédécédé, émancipé ou exhérédé, le petit-fils prend sa part dans l'hérédité du grand-père, en vertu d'un droit propre (5) 2° L'enfant adrogé ou adopté par le *de cujus*. 3° La femme *in manu* du défunt, ainsi que la femme *in manu* de chacun de ses fils (6).

La qualité d'héritier sien et nécessaire se perd lorsque l'enfant est émancipé, lorsque la femme *in manu* est l'objet d'une *diffarreatio* ou d'une remancipation.

(1) Cf. Honor., *C.*, VIII, 2, 5; Théod. II, *C. Th.*, V, 1, 9.
(2) *Nov.*, 53, c. 6 de l'an 537; 117, c. 5. de l'an 542. Le conjoint pauvre est celui qui n'a pas eu de dot ou de donation *ante nuptias*.
(3) *Nov.* 89, c. 12, 4 et 6 (p. 166, 3). Justinien ne prévoit pas le cas où la concubine n'a pas d'enfants : dans ce cas, elle n'a aucun droit.
(4) Gaius, II, 152, 156, 157, 159.
(5) *Ibid.*, 156; Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXIX, 2], 6, 5. *Reg.*, 26, 2.
(6) Gaius, II, 139, 159. La femme du fils est *neptis loco* pour son beau-père.

Les enfants et les personnes assimilées sont appelés héritiers siens parce qu'ils semblent recueillir des biens qui leur appartenaient déjà (1). On les appelle aussi héritiers nécessaires parce qu'ils ne peuvent refuser le titre d'héritiers.

Les héritiers *nécessaires* sont des esclaves institués par leur maître en même temps qu'affranchis et qui, bon gré mal gré, sont investis du titre d'héritiers dès l'instant de la mort du testateur (2).

Les héritiers *externes* sont ceux qui ne sont pas sous la puissance immédiate du *de cujus* à son décès (3). Pour eux, l'acquisition de la succession exige toujours une manifestation de volonté : une adition lorsqu'il s'agit d'une succession déférée par le droit civil; une requête adressée au magistrat, s'il s'agit d'une succession prétorienne

§ 1er. **Formes de l'adition.** — L'adition a lieu de trois manières : par une déclaration solennelle devant témoins *(cretio)*, en faisant acte d'héritier, par une simple manifestation de volonté (4).

1. *Cretio.* — L'ancien droit ne connaissait d'autre forme d'adition que la première; la *cretio* était une *actus legitimus,* qui ne comportait ni terme ni condition (p. 123). Elle ne pouvait être faite par une personne incapable de volonté, comme un fou ou un *infans*. La *cretio* subsiste à l'époque classique (5), mais son emploi n'est obligatoire qu'en vertu d'une clause du testament (institution *cum cretione)*. Elle fut supprimée en Orient en 407 pour la succession ab intestat aux biens maternels ou à ceux de la ligne maternelle (6). Elle fut complètement abolie par Justinien (7).

A la place de la *cretio,* l'usage s'introduisit, au Bas-Empire, d'accepter la succession par un acte public. La même loi qui, en 339, dispensa les testateurs des formes antiques pour la confection des testaments, permit aux héritiers externes de faire adition par une déclaration au gouverneur de la province ou aux magistrats municipaux (8).

(1) Ulp., *D.*, XXXVIII, 9, 1, 12 : *Pæne ad propria bona veniunt.* Paul, *h. t.*, 11 : *Quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.* Ces textes ne prouvent pas l'existence, à l'époque antique, d'une véritable copropriété entre le père et ses enfants. Ils rappellent une conséquence du régime de la propriété familiale.

(2) Gaius, II, 152-154. L'usage d'instituer un héritier nécessaire s'est introduit au VIIe siècle. Il se rattache, d'après Gaius, à la procédure de la *bonorum venditio* qui apparaît à cette époque. Le testateur, qui craint de mourir insolvable, choisit pour héritier son esclave, afin que la vente des biens à la requête des créanciers ait lieu sous le nom de l'esclave : c'est un moyen d'empêcher l'infamie attachée à la *B. V.* d'atteindre sa mémoire, et de la rejeter sur la tête de l'héritier. Ce sentiment peu charitable ne fut pas accueilli sans protestation : Sabinus soutint qu'on ne devait pas considérer comme infâme celui qui subissait la *B. V.* non par sa faute, mais par une nécessité de droit. On répondit que l'esclave trouvait une compensation suffisante dans l'obtention de la liberté.

(3) Tels sont les enfants émancipés, les enfants appelés à la succession de leur mère, les esclaves institués et affranchis par le testament de leur maître, puis affranchis par lui entre vifs. Gaius, II, 161.

(4) Gaius, II, 164-167 : *Cernere est quasi decernere et constituere.* Formule de la *cretio : Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* Cf. Varr., *L. l.*, VII, 5, 98.

(5) On en a un exemple du 29 septembre 170 (Girard, *Textes*, 809).

(6) Arcad., *C. Th.*, VIII, 18, 8, 1. Cf. Godefroy, II, 658.

(7) *C.*, VI, 30, 17 a donné une portée générale à la décision d'Arcadius.

(8) *C.*, VI, 9, 9; cf. VI, 23, 15.

2. *Pro herede gestio.* — La *p. h. gestio* consiste à faire acte d'héritier (1) : tel était anciennement le cas de celui qui usucapait *pro herede* (2). Mais à cette époque, la *p. h. gestio* ne faisait pas acquérir immédiatement la qualité d'héritier comme la *cretio :* au début de l'Empire, on discutait encore sur l'efficacité qu'il convenait d'attribuer à la *p. h. gestio* (p. 697, 6). Marc-Aurèle décida que la *p. h. gestio* aurait le même effet que la *cretio* et que l'institué aurait toute l'hérédité. La *p. h. gestio* n'était à cette époque un mode normal de faire adition que dans deux cas : pour une hérédité ab intestat, pour une institution *sine cretione.* — L'acte d'héritier doit être fait dans l'intention de se porter héritier. S'il peut s'expliquer d'une autre manière, s'il a été fait *pietatis* ou *custodiæ causa*, il ne vaut pas acceptation (3). Au IIIe siècle, on n'exige plus d'ailleurs une mainmise sur les biens héréditaires : l'acte d'héritier n'implique plus nécessairement une prise de possession (4).

3. *Nuda voluntas.* — Dès le Ier siècle de notre ère, l'adition peut résulter d'une simple manifestation de volonté (5).

4. *Agnitio.* — A la différence de l'hérédité, la *B. P.* exige pour son acquisition une demande écrite *(agnitio)* adressée au Préteur (6). Ordinairement, cette demande est accueillie séance tenante *(de plano) :* c'est le cas de la *B. P. edictalis.* Seule la *B. P. decretalis* est accordée *pro tribunali,* après enquête, en vertu d'un décret en forme (7). Tandis que la *cretio* doit être faite par l'héritier en personne, la *B. P.* peut être requise par un mandataire, par le tuteur d'un impubère ou par le père d'un *infans* (8).

La *B. P.* doit être demandée dans le délai fixé par l'édit : un an utile pour les ascendants et descendants, cent jours utiles seulement pour toutes autres personnes (9).

L'acceptation, une fois faite, est irrévocable. Aussi la jurisprudence a-t-elle subordonné à des conditions rigoureuses la validité de cet acte. Il faut que l'hérédité ait réellement été déférée (10) ; que l'héritier sache que la succession lui est offerte et à quel titre (11) ; que l'acceptation ait lieu sans réserves ni conditions ; qu'elle soit faite par une personne capable (12).

(1) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 20 pr.
(2) L'usucapion antique avait son fondement non pas dans une possession prolongée, mais dans l'usage d'une chose conformément à sa destination. Pareillement l'*usucapio pro herede* supposait que l'on se servait, comme un héritier, des biens héréditaires. Or telle est la définition de la *p. h. gestio* d'après Gaius (II, 168) : *Si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tanquam heres utatur.*
(3) Papinien a fait prévaloir cette opinion contre l'avis de Julien (Ulp., 20, 3).
(4) Paul, *h. t.*, 88.
(5) Cass., ap. Ulp., *eod.*, 25, 5; Gaius, II, 167.
(6) Theoph., *ad Inst.*, III, 9. L'*agnitio* est mentionnée dans *P. Amherst,* II, 87. On en a un exemple dans *P. Giessen,* du 14 septembre 249 (Girard, *Textes*, 814).
(7) Ulp., *D.*, XXXVIII, 15, 2, 1 et 2.
(8) Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 3, 7; Paul, *D.*, XXIV, 2, 48. Le droit classique suit la même règle pour l'acceptation *nuda voluntate :* mais le mandat doit être spécial (*h. t.*, 5, 5). Cf. pour le tuteur : Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 7, 1; Paul, 8 (p. 212, 5).
(9) Inst., III, 9, 9; Jul., *D.*, XXXVIII, 15, 4, 1.
(10) Ulp., *h. t.*, 21, 2
(11) Pap., *D.*, L, 17, 76. Cf. Ulp., *h. t.*, 15; 32; 34; Paul, 19.
(12) Afr., *h. t.*, 51, 2; Ulp., 10. Cf. pour les *alieni juris*, p. 141.

§ 2. **Capacité d'acquérir une succession. Lois caducaires.** — 1. *Testamenti factio.* — L'héritier qui fait adition doit être capable de fait et de droit : il doit avoir la *testamenti factio* et être en état de manifester sa volonté. Les personnes incapables de volonté, comme l'*infans* et le fou (1), ne peuvent accepter une succession ; mais leur tuteur ou curateur peut demander pour elles la *B. P.* (2).

2. *Jus capiendi.* — Pour les héritiers testamentaires, les lois caducaires ont ajouté une exigence nouvelle : le droit de recueillir une hérédité ou un legs *(jus capiendi)* (3). Auguste eut la pensée d'encourager les citoyens au mariage en refusant aux célibataires certains avantages promis aux pères de famille. Il espéra qu'à défaut du sentiment du devoir, les citoyens seraient détournés du célibat par les calculs de leur intérêt. La tâche ne fut pas aisée : pour aboutir à un résultat, il fallut deux lois successives, la loi Julia *de maritandis ordinibus* de 736, la loi Papia Poppæa de 762 (4). La première avait paru trop rigoureuse. En présence de l'opposition des chevaliers, Auguste dut en suspendre l'exécution ; il accorda un sursis de trois ans, puis un autre de deux ans. Les délais expirés, on s'efforça d'éluder la loi ; il fallut l'amender : tel fut l'objet de la loi Papia (5). On ne peut déterminer sur tous les points les dispositions appartenant en propre à ces deux lois. Historiens et jurisconsultes en parlent comme si elles formaient un seul tout. A leur exemple nous donnerons une idée d'ensemble de ces lois.

Les avantages promis aux *patres* sont les uns d'ordre politique, les autres pécuniaires. La loi facilite aux pères de famille l'accès aux magistratures supérieures : l'intervalle qui doit séparer deux magistratures est réduit d'un an pour chaque enfant (6). Elle leur assure la préférence dans les élections en cas d'égalité de suffrages avec leur concurrent; elle leur donne la préséance sur leurs collègues (7). Quant aux avantages pécuniaires, Auguste renonça à les mettre à la charge du

(1) P. 224, 5. Le prodigue est resté capable de faire adition d'hérédité (Ulp., *h. t.*, 5, 1). Audibert (I, 511 et 224) restreint cette décision aux prodigues interdits *lege* ; elle ne s'appliquerait pas à celui que le magistrat a mis en curatelle.

(2) P. 212. Cette *B. P.* devait être accordée d'une manière définitive suivant les Sabiniens, provisoire suivant les Proculiens. L'opinion des Sabiniens prévalut pour l'*infans* (Gaius, *D.*, XXVI, 8, 11), celle des Proculiens pour le fou (Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 11 et 13; *C.*, V, 70, 7; Pap., *D.*, XXXVII, 3, 1).

(3) La distinction de la *testamenti factio* et du *jus capiendi* se retrouve dans la loi qui a réglé la condition des Latins Juniens (p. 102, 4).

(4) M. Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus furent consuls suffects le 1er juillet 762 (*Fasti Capit. et min.*, XIV). La date de la loi Julia est fixée par Dio, LIV, 16, dont le témoignage est confirmé par une inscription contenant les actes des jeux séculaires de l'an 737 (*Ephem. epigr.*, VIII, 248). Parmi ces actes figure un Sc. du 23 mai qui permet aux citoyens *qui nondum sunt maritati, qui lege de marita[ndis] ordinibus tenentur*], d'assister, sans encourir aucune peine (*sine fraude sua*) à des jeux institués *religionis causa*. La loi Julia existait donc en 737 : c'est à elle que se réfère Horace (*Carm. Sæc.*, 17).

(5) Il semble résulter de Suétone (*Aug.*, 34) qu'il y eut en 757, avant la loi Papia, une seconde loi Julia qui vint *retractare* la première et l'amender *aliquanto severius*. Les sursis dont parle Suétone paraissent relatifs à cette loi. Il ne peut s'agir de la loi de 736, à cause de l'allusion à Germanicus qui naquit en 739. Cf. Karlowa, I, 618.

(6) Plin., *Ep.*, VII, 16; Ulp., *D.*, IV, 4, 2.

(7) *Lex Malacit.*, c. 56; Gell., II, 15, 4 : *Capite VII legis Juliæ*.

Trésor. Il eut recours à un procédé renouvelé de la loi Voconia : il retira aux célibataires le droit de recueillir en vertu d'un testament, mais au lieu de réserver exclusivement au Trésor la part caduque, il donna aux *patres*, gratifiés par le même testament, la faculté de la revendiquer. A défaut de *patres*, le Trésor en profite (1). Tel est le point de départ du système inauguré par les lois caducaires. Quelques détails sont nécessaires pour en comprendre l'économie.

La loi Julia visait uniquement le *cœlebs;* la loi Papia y a joint l'*orbus*. Le *cœlebs* est d'abord celui qui n'est pas encore marié. C'est ensuite celui qui n'est pas actuellement marié, c'est-à-dire le veuf et le divorcé (2). Le *cœlebs* est également celui qui a contracté une union contraire aux prohibitions de la loi (3). Cette règle qui, dans le principe, fut sans doute générale, a dû être modifiée lorsqu'on distingua parmi les individus non mariés ceux qui avaient des enfants (4) ; on ne pouvait traiter ceux qui avaient donné des enfants à la patrie aussi rigoureusement que les réfractaires (5). L'*orbus* est celui dont le mariage est stérile, le citoyen marié sans enfants. La loi Julia ne s'était pas occupée de lui ; la loi Papia le punit, comme s'il était en faute : il perd la moitié des successions ou des legs qui lui sont laissés (6).

L'incapacité, dont les *cœlibes* et les *orbi* sont frappés, est une incapacité *sui generis*. Les lois caducaires n'ont modifié en rien les règles anciennes sur la capacité requise pour être héritier ou légataire : elles ont retiré à certaines personnes le *jus capiendi hereditates legataque*, tout en leur conservant la *testamenti factio*. La distinction de ces deux éléments de la capacité requise pour acquérir une hérédité ou un legs n'est pas sans intérêt pratique : ils doivent exister chez l'héritier ou le légataire à des époques différentes. La *testamenti factio* est requise dès la confection du testament ; il suffit d'avoir le *jus capiendi* lors de la délation de l'hérédité ; et encore accorde-t-on au *cœlebs* un délai de grâce de cent jours pour satisfaire à la loi (7).

3. Caducorum vindicatio. — En regard des personnes frappées de déchéances plus ou moins étendues (*cœlebs, orbus, pater solitarius*), il y a les *patres* que la loi récompense. Les *patres* sont les hommes gratifiés par le même testament et qui ont des enfants (8). La loi leur accorde le *jus capiendi* et la *caducorum vindicatio;* ils recueillent intégralement les institutions ou les legs qui les concernent personnellement ; ils ont

(1) Tac., *Ann.*, III, 28 : *Velut parens omnium populus vacantia teneret*. Cf. p. 750.

(2) La loi de Malaga, c. 56, parle du *cœlebs liberos non habens*, ce qui implique l'existence du *cœlebs liberos habens*, donc un veuf ou un divorcé.

(3) Ulp., XIII, 1-2; Paul, *D.*, XXIII, 2, 44 pr.; Cels, *eod.*, 23; Dio, LIV, 16.

(4) Cette distinction paraît due à la loi Papia, qui enleva pour partie le *jus capiendi* aux citoyens mariés *ob id quod liberos non habebant* (Gaius, II, 286a).

(5) Cette conclusion paraît confirmée par une rubrique des *Règles* d'Ulpien qui distingue le *pater solitarius* du *cœlebs* et de l'*orbus*. Le *pater solitarius* est le père de famille veuf ou divorcé, le *cœlebs liberos habens*. On ignore d'ailleurs s'il était assimilé à l'*orbus* ou s'il était mieux traité (Cf. Machelard, *Accroissement*, 109).

(6) Gaius, II, 286a. Pour être relevé de cette incapacité, le citoyen doit avoir un enfant, la femme le *jus liberorum*.

(7) Ulp., XVII, 1 Il n'y a pas de texte pour l'*orbus*. Au IIIe siècle, on permet l'institution faite sous la condition *cum capere poterit* (Mod., *D.*, XXVIII, 5, 63).

(8) Gaius, II, 206, 286a : *qui ex eo testamento liberos habent*.

en outre le droit de réclamer les parts caduques des personnes gratifiées par le même testament. Sont caduques les dispositions testamentaires qui, valables d'après le droit antérieur, sont frappées de nullité par les lois caducaires : telles sont les dispositions faites aux *cælibes* (1). La *caducorum vindicatio* exclut le droit d'accroissement (2) ; elle en diffère par son fondement, ses conditions d'exercice, ses effets : c'est un privilège que la loi confère aux *patres* sur leur demande et qui leur fait acquérir les parts caduques avec les charges qui les grèvent (3).

S'il y a à la fois des héritiers et des légataires ayant des enfants, la loi Papia appelle au premier rang les héritiers institués, au second rang les légataires. Si la disposition caduque est un legs fait *conjunctim*, le colégataire *pater* exclut toute autre personne, héritière ou légataire. Si c'est une institution d'héritier, le cohéritier *pater* qui est *conjunctus re tantum* ou *re et verbis* exclut les autres cohéritiers (4). La loi n'exige pas que le *pater* ait plusieurs enfants : un seul suffit (5). L'enfant doit être un de ceux à qui le Préteur promet la *B. P. unde liberi* (héritiers siens, enfants émancipés). L'enfant adoptif étant héritier sien, l'adoption fournit un moyen facile d'éluder la loi : un Sc. de l'an 62 coupa court à cette fraude. Dès lors, le *pater* est celui qui a un enfant né de son mariage ou du mariage d'un fils décédé (6). Cet enfant doit être vivant : cette condition, qui n'est pas ici formellement exprimée, est de règle pour les privilèges accordés *propter liberos* (7).

Le droit aux parts caduques est un privilège des *patres* (8); la mère ne saurait s'en prévaloir : elle ne peut avoir de *liberi* dans le sens qui

(1) Justinien (*C.*, VI, 51, 1, 1-15) distingue les *caduca* des *quasi caduca* et des dispositions *pro non scriptis*. Les quasi-caduques sont celles qui manquent leur effet pour une cause étrangère aux lois caducaires, comme la renonciation d'un institué ; elles profitent aux personnes jouissant du *jus antiquum*, s'il y en a, à l'exclusion des *patres*. Sont *pro non scriptis* les dispositions qui n'ont pas été valablement faites : elles ne sont pas régies par les lois nouvelles.

(2) Ce droit ne peut être invoqué que par ceux qui ont le *jus antiquum*, ou pour les dispositions *pro non scriptis*.

(3) La *caducorum vindicatio* est à son tour exclue par la présence d'un substitué capable et jouissant seulement du *jus capiendi*. Tel qui n'a ni la qualité de *pater* ni le *jus antiquum* recueillera cependant les parts caduques de ses cohéritiers s'il leur est substitué et qu'il ait la *solidi capacitas*. De là l'usage de substituer les héritiers les uns aux autres : c'était un moyen d'augmenter les chances d'exclure les lois caducaires. Les substitutions réciproques furent soumises à deux règles qui dérogent au droit commun : l'acquisition des parts vacantes est forcée, le substitué ne peut pas y renoncer comme dans une institution ordinaire; l'acquisition a lieu *cum onere* (p. 697, 1) comme dans la *caducorum vindicatio*.

(4) Gaius, II, 207; Paul., *D.*, L, 16, 142.

(5) L'assertion contraire de Dion Cassius (LV, 2) est contredite par Gaius (*D.*, L, 16, 148) : *Non est sine liberis cui vel unus filius, unave filia est : habet liberos, non habet liberos, semper pluralivo numero profertur.*

(6) Tac., *Ann.*, XV, 19; *Vat. fr.*, 195.

(7) *Incolumes liberi* : Mod., *D.*, XXVII, 1, 2, 4; Ulp., *D.*, L, 4, 3, 6, 4; L, 5, 2, 5.

(8) A défaut de *patres*, les *caduca* sont attribués au trésor public (p. 730, 1), plus tard au fisc. La substitution du fisc au trésor public paraît avoir été opérée d'une façon progressive dès le règne de Claude (*C. R. Acad. Inscr.*, 1916, p. 292), d'abord sans doute dans les provinces impériales (Plin., *Ep.*, X, 84), puis dans les provinces sénatoriales. Bien qu'il n'y ait pas de texte décisif antérieur au IIIe siècle, il n'est pas douteux que dans certaines provinces comme l'Égypte, les *caduca* n'ont jamais été attribués à l'*ærarium*. Caracalla a-t-il innové à cet égard et supprimé les privilèges des *patres*? Cela semble résulter d'Ulpien (XVII, 2). En tout cas, cette innovation n'a été que temporaire, car jusqu'à l'abrogation des lois caducaires, le fisc ne venait qu'au dernier rang (*C.*, VI, 15, 1, 14).

vient d'être indiqué (1); on sait d'ailleurs que la législation romaine n'était pas favorable à l'attribution des successions testamentaires aux femmes (p. 691). Si les lois caducaires n'ont donné à la mère aucun droit sur les *caduca*, elles lui ont cependant accordé certains privilèges dont l'obtention dépend du *jus liberorum* (2). C'est d'abord le droit de recueillir sans restriction les hérédités et les legs qui lui sont laissés, puis la libération de la tutelle et la liberté de tester (3).

4. *Solidi capacitas.* — Les lois caducaires ont exempté de toute peine certaines classes de personnes; elles leur accordent le *jus solidi capiendi* ou la *solidi capacitas*, c'est-à-dire la faculté de recueillir sans restriction la totalité de leur part héréditaire Cette faveur est accordée : *a*) en raison de l'âge, aux hommes âgés de moins de 25 ans ou de plus de 60 (4), aux femmes de moins de 20 ans ou de plus de 50 (5); *b*) aux cognats jusqu'au 6e degré, et même au 7e pour les enfants nés d'un cousin issu de germain; *c*) au conjoint du testateur (6) et à certains alliés (7), alors même que le mariage ou l'alliance n'aurait pas subsisté jusqu'au décès du testateur; *d*) à la veuve pendant deux ans depuis la mort de son mari, à la femme divorcée pendant dix-huit mois (8).

5. *Jus antiquum.* — Plus favorisées encore étaient les personnes autorisées à invoquer le *jus antiquum*. Non seulement elles avaient le droit de requérir intégralement la part que le testateur leur avait attribuée, mais encore elles profitaient des parts de leurs cohéritiers défaillants *(quasi caduca)* en vertu du droit d'accroissement; elles profitaient aussi des legs mis à leur charge et non réclamés. Ces personnes sont les

(1) Gaius, *D.*, XXXVIII, 16, 13. On a prétendu que la femme mariée était relevée de la déchéance de l'*orbitas* lorsqu'elle avait un enfant. L'opinion contraire prévaut à juste titre : elle s'appuie sur *C. Th.*, IX, 42, 9. Théodose Ier emprunte à la loi Papia la distinction entre la mère qui a le *jus liberorum* et celle qui est privée des privilèges de la loi Papia, *neque trino partu fecunditati publicæ gratiosa*. La seule faveur que l'on fasse à la mère, c'est de ne pas exiger que ses enfants soient encore vivants (arg. Paul, IV, 9, 9). La jurisprudence accorde à la mère le *jus capiendi* plus facilement que le bénéfice du Sc. Tertullien (Paul, *D.*, L, 16, 137; Ulp., *eod.*, 135; cf Paul, IV, 9, 2 et 3).

(2) Ce droit subsistait encore au milieu du ive siècle *(Archiv für Papyr.*, I, 310).

(3) P. 221, 5. Gaius, I, 194; Gaius (III, 50) signale quelques autres privilèges accordés à la patronne sur les biens de ses affranchis, suivant qu'elle a deux ou trois enfants, si elle est ingénue, trois enfants si elle est affranchie. Mêmes privilèges au fils de la patronne, s'il a un seul enfant (Gaius, III, 53).

(4) Ulp., XVI, 1a. L'âge de 25 ou de 20 ans est, dit Ulpien, l'âge à partir duquel la loi Papia exige des enfants. La loi Julia avait fixé le même âge comme limite du célibat. D'où la remarque de Tertullien *(Apol.*, 4) : *Nonne vanissimas Papias leges, quæ ante liberos suscipi cogunt quam Juliæ matrimonium contrahi?* S. Sévère fit disparaître cette inconséquence, on ne sait de quelle manière.

(5) L'exception, établie par Auguste, en faveur des personnes de plus de 60 ou 50 ans, ne pouvait avoir qu'un caractère temporaire : c'était une excuse pour le passé, et non un encouragement pour ceux qui violeraient la loi à l'avenir. Le Sc. Pernicien, rendu sous Tibère (Suet., *Claud.*, 23; Ulp., XVI, 3, au lieu de *Pernicianum*, on a proposé de lire *Persicianum* du nom de Persicus, cos. en 34), refusa la *solidi capacitas* aux personnes âgées de plus de 60 ou de 50 ans qui n'avaient satisfait ni à la loi Julia ni à la loi Papia. Le Sc. Claudien fit une exception en faveur du sexagénaire qui épouserait une femme de moins de 50 ans; mais le Sc. Calvisien ne permit pas d'étendre cette exception à la quinquagénaire qui épouserait un homme de moins de 60 ans (Ulp., XVI, 4).

(6) D'après la restitution du texte (*Vat. fr.*, 218) proposée par certains éditeurs, mais combattue par Machelard, *Accroissement*, p. 93.

(7) *Vat. fr.*, 216-219.

(8) Ulp., XIV, 1. Le délai n'était que d'un an ou de six mois, d'après la loi Julia.

ascendants et descendants du testateur jusqu'au 3e degré inclus (1).

6. Succession entre époux. — La loi Papia a établi des règles spéciales pour la succession testamentaire entre époux : le conjoint survivant a le droit de recueillir 1/10 de la succession en propriété et 1/3 en usufruit; il peut même avoir ce tiers en propriété s'il a des enfants. Il peut aussi recueillir 1/10 en plus par chaque enfant vivant et issu d'un autre mariage ; si c'est un enfant commun, il suffit qu'il ait survécu au *dies lustricus*. La femme peut en outre recueillir la totalité de sa dot, si elle lui est léguée. La loi Voconia n'est pas applicable entre époux : les conjoints ont entre eux la *libera testamenti factio*, lorsqu'ils ont le *jus liberorum* (2)..

7. Bas-Empire. — Les lois caducaires ont été de tout temps vues avec défaveur. Pour se rendre populaire et gagner des partisans aux dépens de son collègue Licinius, Constantin abolit en 320 les déchéances établies contre les personnes non mariées ou sans enfants (3). En 410, Théodose II supprima les restrictions à la capacité de recevoir entre époux résultant des lois décimaires (4). La distinction du *jus capiendi* et de la *testamenti factio* ne subsista que pour les Latins Juniens (5) et disparut avec cette classe d'affranchis (p. 103). De même la *caducorum vindicatio* resta applicable aux dispositions devenues caduques du vivant du testateur ou dans l'intervalle entre le décès du testateur et l'ouverture du testament. Elle fut à son tour supprimée par Justinien, et, dès lors, les règles sur l'accroissement entre cohéritiers furent remises en vigueur (6).

§ 3. **Indignité.** — L'indignité est une cause d'exclusion d'une succession. C'est une déchéance qui frappe certains héritiers testamentaires ou ab intestat, parfois de simples légataires (7). Les causes d'indignité sont fort nombreuses ; on peut les ranger en deux groupes. L'indignité est encourue : *a*) en raison de la conduite répréhensible d'un héritier envers le défunt ou envers sa mémoire. Celui, par exemple, qui, par sa faute, a causé la mort du défunt (8) ; l'héritier, majeur de 25 ans, qui a négligé de venger sa mort (9) ; celui qui a conteste son

(1) Ulp., XVIII, 1.

(2) Ulp., XV, 1-3; XVI, 1a. La purification des enfants avait lieu le 8e jour après la naissance pour les filles, le 9e jour pour les garçons. C'est aussi le jour où l'on donnait un nom à l'enfant. Fest, vo *Lustricus* ; Macrob., *Sat.*, I, 16, 36.

(3) *C. Th.*, VIII, 16, 1. L'édit *ad populum* est du 1er février. La veille, Constantin avait pris, en faveur des débiteurs du fisc, une mesure inspirée par le même sentiment : il défend de les mettre à la torture, et s'il y a lieu de procéder contre eux à l'exécution sur la personne, il prescrit de les mettre simplement aux arrêts dans un lieu ouvert et commode (*C. Th.*, XI, 7, 3). J. Maurice, *Numismatique*, I, cxiv.

(4) *C. Th.*, VIII, 17, 2.

(5) Elle a été maintenue dans le cas prévu p. 174, 7 : si une personne, qui a des enfants d'un premier lit, institue son second conjoint pour le tout, celui-ci aura le *jus capiendi* pour le tout si les enfants prédécèdent, pour partie s'il en survit un ou plusieurs.

(6) *C.*, VI, 51, 1. Cela est vrai des dispositions *pro non scriptis* ; pour les caduques ou quasi-caduques, l'accroissement a lieu *cum onere*.

(7) Marcel., *D.*, XLVIII, 10, 26; Ulp., *eod.*, 4; Carac., *C.*, VI, 37, 3; Paul, *D.*, XXXVI, 1, 48.

(8) Marc., *D.*, XXXIV, 9, 3; Paul, *D.*, XLVIII, 20, 7, 4; Mod., *D.*, XLIX, 14, 9.

(9) Alex., *C.*, VI, 35, 6; Paul, V, 12, 2a; Marc., *D.*, XXIX, 5, 15, 2; Sev. Car., *C.*, VI, 35, 1; Alex., *eod.*, 7; Diocl., 9.

état, qui a personnellement (1) attaqué son testament comme faux ou inofficieux et a succombé (2); celui qui a disposé de tout ou partie d'une succession du vivant du testateur et sans son assentiment (3) sont exclus comme indignes (4); *b*) en raison d'une fraude à la loi, commise par l'héritier de connivence avec le défunt. On a visé spécialement le *fidéicommis tacite*, c'est-à-dire le cas où l'héritier promet au testateur verbalement ou par écrit de remettre tout ou partie de la succession à un incapable (5). Un sénatus-consulte défendit à l'héritier de retenir sur ce fidéicommis la quarte Falcidie (6).

La déchéance résultant de l'indignité a été étendue à des cas où l'on n'a rien à reprocher à l'héritier, lors par exemple que le testateur l'a institué comme son fils et qu'il est prouvé qu'il y a eu supposition de part (7).

L'indignité n'empêche pas l'héritier de faire adition, ni d'acquérir l'hérédité : elle le prive de l'émolument de la succession ; il ne garde que le titre d'héritier et le droit au tombeau (8).

En cas de legs ou de fidéicommis tacite particulier, l'indignité ne fait perdre que le montant du legs ou du fidéicommis (9). En cas de fidéicommis tacite universel, le fiduciaire, qui avait des créances contre le défunt ou des servitudes sur ses biens, perd le droit de les faire valoir; il ne peut demander à être restitué contre les effets de la confusion (10).

Les biens enlevés à l'indigne *(ereptoria)* sont d'ordinaire attribués au fisc ; s'ils forment une universalité, le fisc est tenu des charges corrélatives (11). Exceptionnellement, les *ereptoria* sont attribués à d'autres personnes : les legs à un tuteur testamentaire qui se fait excuser, à celui qui refuse de se charger de l'éducation d'un enfant du testateur, profitent à ceux qui accepteront à leur place la charge de la tutelle ou de l'éducation (12).

§ 4. **Perte du droit d'accepter.** — Plusieurs faits entraînent la déchéance du droit d'accepter :

1° La mort de l'héritier (13). En droit moderne, lorsque celui à qui une succession est échue meurt sans l'avoir répudiée ou acceptée, ses

(1) Tryph., *D.*, V, 2, 22, 2 et 3.
(2) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXIV, 9], 9, 2; Tryph., 22; Mod., 7; Pap., 15; Paul, 5, 1.
(3) Marc., *h. t.*, 2, 3; Pap., *D.*, XXXIX, 5, 29, 2 : *Quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset.*
(4) Au Bas-Empire, de nombreux cas d'indignité ont été consacrés : Valent., Val. Grat., *C. Th.*, III, 7, 1, 2; *Nov. Th.*, 11, 1 et 2; Zeno, *C.*, IV, 20, 15, 1; *Nov.*, *Just.*, 1, c. 1; 22, c. 47 pr.; 115, c. 3, 12, 13; c. 4, 6-7. Cf. C. civ. 727.
(5) P. 128, 8. Cette fraude devint assez fréquente lorsque le Sénat eut étendu les lois caducaires aux fidéicommis laissés par testament ou codicille. Antonin le Pieux attribua au fisc le montant du fidéicommis lorsque le fidéicommissaire était incapable au décès du testateur. Paul, *D.*, XXII, 1, 17, 2.
(6) Pap., *h. t.*, 11.
(7) Gord., *C.*, VI, 24, 4; Herm., *D.*, XLIX, 14, 46 pr.
(8) Paul, *D.*, XXVIII, 6, 43, 3.
(9) *C.*, VI, 37, 5; *D.*, XXXVI, 1, 48; Pap., *h. t.*, 11.
(10) Pap., *h. t.*, 17; 18, 1; Mod., *h. t.*, 8.
(11) Ulp., XIX, 17; M. Aur., ap. Pap., *h. t.*, 16, 2.
(12) Paul, *eod.*, 5, 2; Pap., *D.*, XXVII, 1, 32; Ulp., *D.*, XXXVII, 2, 1, 3.
(13) Cf. sur la présomption de survie, p. 110, 6.

héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef (C. civil, 781). Il en est autrement en droit romain. La vocation à l'hérédité a été considérée comme attachée à la personne désignée par le testateur. De là la règle de l'intransmissibilité du droit héréditaire avant l'adition. Elle s'applique également à la *B. P.* (1). Seuls les héritiers siens, dispensés de faire adition, transmettaient à leurs enfants leur droit à l'hérédité paternelle, alors même qu'ils ne s'étaient pas immiscés dans la succession (2). L'héritier externe, qui voulait conserver à sa famille le bénéfice de l'hérédité, devait se hâter d'accepter.

La règle de l'intransmissibilité du droit héréditaire avant l'adition conduisait parfois à un résultat contraire à l'équité, lorsque l'héritier avait été légalement ou matériellement empêché de prendre parti. Julien, le premier à notre connaissance, écarta cet inconvénient en matière de *B. P.* (3). La jurisprudence et les empereurs en firent autant pour l'hérédité (4).

Dans un seul cas, la règle de l'intransmissibilité fut rigoureusement maintenue : lorsque l'héritier meurt avant l'ouverture du testament. L'empêchement, résultant des lois caducaires, avait été établi dans l'intérêt du fisc : il ne dépendait pas de la jurisprudence de lui en enlever le bénéfice, et les empereurs ne crurent pas devoir renoncer à cette source de revenus jusqu'au v[e] siècle de notre ère.

Depuis cette époque, le principe de l'intransmissibilité du droit héréditaire avant l'adition a été écarté dans trois cas : *a*) en Occident, au profit du père d'un *infans* appelé à une succession quelconque et mort avant l'âge de 7 ans : le père est autorisé à faire adition même après le décès du fils (5); *b*) en Orient, en 450, lorsqu'un descendant jusqu'au troisième degré, appelé à la succession testamentaire d'un ascendant, est mort avant l'ouverture du testament : il transmet son droit à ses enfants à quelque degré qu'ils soient. Même règle pour les legs et les fidéicommis (6); *c*) sous Justinien, lorsqu'un héritier légitime ou testamentaire meurt dans l'année où il a connu sa vocation; mais ses suc-

(1) Just., *C.*, VI, 51, 1, 5; Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 3, 7.
(2) Paul, *D.*, XXIX, 2, 7, 1.
(3) *D.*, XXXVII, 1, 5.
(4) Tantôt l'empêchement vient de la règle qui ne permet pas de faire adition lorsqu'on ignore si le *de cujus* a laissé ou non un testament (Paul, *D.*, XXIX, 2, 22; 93 pr.), s'il est mort *sui juris* ou *alieni juris* (Ulp., *eod.*, 32, 2), tantôt du Sc. Silanien et de l'édit prétorien corrélatif (Ulp., *D.*, XXIX, 5, 3, 18) qui défend d'ouvrir le testament d'un citoyen assassiné avant que ses esclaves n'aient été mis à la question : dans tous ces cas il était excessif de faire perdre à l'héritier, mort avant d'avoir pu faire adition, le bénéfice de la succession. On a été d'accord pour décider que le Préteur doit venir au secours des héritiers du successible et leur accorder l'*in integrum restitutio* (Jul., *loc. cit.*; Pap., *D.*, XXXVII, 10, 12; cf. XXXVIII, 2, 12, 3; Ulp., *eod.*, 6, 1; XXIX, 5, 3, 30). Même décision dans un rescrit d'Antonin rendu en faveur d'un citoyen qui, absent pour un service public, n'a pu donner à son fils résidant en province, et mort avant son retour, l'ordre de faire adition (Ulp., *D.*, XXIX, 2, 30 pr.; Pap., *eod.*, 86 pr.); dans un rescrit de Sévère et Caracalla, en faveur des héritiers d'un centurion mort au service et qui n'avait pu demander une *B. P.* dans les délais (*C.*, II, 50, 1). Enfin Scævola accorde l'*in integrum restitutio* aux héritiers d'un mineur de 25 ans qui a négligé d'accepter une succession dans les délais ou qui l'a répudiée par simple inexpérience et sans qu'on puisse alléguer aucun empêchement légal ou matériel (*D.*, IV, 4, 24, 2).
(5) Théod. II, *C.*, VI, 52, 1.
(6) Valent. III, *C.*, VI, 30, 18, 1.

cesseurs devront prendre parti dans le délai peut-être très bref qui restait à leur auteur (1).

2° La perte de la *testamenti factio* par l'héritier, après la mort du *de cujus*.

3° L'usucapion *pro herede*, avant le Sc. d'Hadrien.

L'usucapion à titre d'héritier a pour but, d'après Gaius, d'exciter l'héritier à faire adition le plus tôt possible, sous peine d'être déchu de son droit dans un très court délai. On permet au premier venu de s'emparer des biens héréditaires et de les usucaper au bout d'un an, même s'il y a des immeubles, pourvu qu'il se porte héritier et qu'il assume toutes les charges inhérentes à cette qualité. Deux raisons ont fait admettre cette application de l'usucapion : on a voulu que le culte domestique du défunt ne fût pas trop longtemps délaissé, et qu'il y eût quelqu'un pour répondre aux demandes des créanciers. Cette usucapion n'est d'ailleurs permise qu'en l'absence d'héritiers nécessaires (2). Par un souvenir du régime de la propriété familiale, l'hérédité n'est plus ici considérée comme une *res nullius* : on ne peut s'en emparer sans commettre un vol, et les choses volées ne sont pas susceptibles d'usucapion.

Il est vraisemblable que l'effet attribué à cette usucapion est dû à la jurisprudence pontificale (3) et date de l'époque où elle cherchait à déterminer qui aurait la charge du culte à défaut d'héritier. On ne concevrait guère qu'elle remontât au temps où l'institution d'héritier était soumise au contrôle des pontifes et du peuple : alors qu'on prenait tant de précautions pour nommer un héritier, on ne pouvait autoriser le premier venu à usurper cette qualité (4). A l'origine, l'usucapion devait simplement faire acquérir, conformément au droit commun, la propriété des biens héréditaires restés sans maître : on sait qu'elle n'exigeait ni juste titre ni bonne foi.

Cette usucapion aurait dû disparaître avec les causes qui l'avaient fait introduire : depuis le VIIe siècle, l'intérêt des créanciers est sauvegardé par l'édit du préteur qui leur permet de faire vendre les biens du défunt; quant à l'entretien du culte domestique, ce n'est qu'une formalité à laquelle on n'attache plus d'importance (5). L'usucapion *pro herede* a pourtant subsisté avec ses conditions particulières, mais elle ne confère plus le titre d'héritier : elle fait seulement acquérir la propriété des biens héréditaires dont l'héritier n'a pas pris possession. Désormais elle est vue avec défaveur par l'opinion publique : l'usurpation des biens héréditaires est considérée comme un acte malhon-

(1) *C.*, VI, 30, 19.

(2) GAIUS, II, 58. Cette règle fut vraisemblablement appliquée d'abord à l'héritier sien, puis étendue à l'héritier nécessaire dont la présence fait présumer l'insolvabilité de l'hérédité.

(3) *Veteres*, dit Gaius (II, 55). *Placuit*, dit-il encore (III, 201).

(4) La distinction de l'hérédité et des biens qui la composent suppose une jurisprudence déjà exercée. D'après Sénèque (*De Benef.*, VI, 5), c'est une ineptie de jurisconsulte : cette appréciation prouve que les notions juridiques lui étaient peu familières.

(5) CIC., *p. Mur.*, 12, 27.

nète (1). Un Sc. proposé par Hadrien décide qu'elle ne sera plus opposable à l'héritier. Sous Marc-Aurèle, un Sc. a prescrit une poursuite criminelle contre celui qui s'empare sciemment de biens héréditaires appartenant à autrui (2).

Bien différente est l'usucapion *pro herede* mentionnée à l'époque ultérieure : elle s'applique lorsque, de bonne foi, on a pris possession d'une hérédité à laquelle on se croyait appelé (3). C'est une usucapion fondée sur un titre putatif. Les compilateurs l'ont admise en la soumettant à certaines règles de l'ancienne usucapion *p. h.*: elle n'est pas opposable au véritable héritier, elle ne peut avoir lieu s'il y a un héritier sien et nécessaire ; elle ne peut avoir pour objet que des choses héréditaires (4).

4° L'expiration du délai pour délibérer. Bien que l'héritier ne soit pas tenu légalement de prendre parti dans un certain délai, il peut y être forcé par une clause du testament : on dit alors qu'il est institué *cum cretione*. S'il n'accepte pas dans le délai fixé, il est considéré comme renonçant.

Ce délai est ordinairement de 100 jours utiles : il ne commence à courir qu'à dater du moment où l'héritier a su qu'il était institué et a eu la possibilité de délibérer. La *cretio* est appelée *vulgaris* lorsqu'elle est suivie de la clause *quibus sciet poteritque*. A défaut de cette clause, le délai est dit continu; il court dès la mort du *de cujus* aussi bien contre l'héritier qui ignore sa vocation que contre l'héritier conditionnel (5)

L'édit du Préteur a appliqué aux successeurs prétoriens une règle analogue à celle qui résulte de la *cretio vulgaris* : il les oblige, dans l'intérêt des créanciers, à demander la *bonorum possessio* dans un délai de 100 jours utiles (p. 728), ou d'un an lorsque ce sont des ascendants ou des descendants.

L'héritier institué *cum cretione* ou l'héritier ab intestat peut aussi, à la requête des créanciers de la succession, être forcé par le Préteur à se prononcer dans un certain délai : faute de quoi, l'héritier est réputé renonçant (6). Les créanciers ont, en effet, le droit de demander la vente des biens du défunt s'il est certain qu'il ne laisse aucun héritier. Pour que leur droit ne reste pas trop longtemps en suspens, ils sont autorisés à interroger en justice les personnes appelées à la succession (p. 873). Le délai que leur accorde le Préteur pour délibérer (*spatium deliberandi*) est ordinairement de 100 jours (7). — Le droit des créan-

(1) Cic., *De orat.*, II, 70 ; Gaius, II, 55 : *Improba usucapio*. Servius (ap. Jul., *D.*, XLI, 5, 2, 2) en restreint la portée par application de la règle : « Nul ne peut changer lui-même la cause de sa possession. » (p. 315, 1).

(2) Gaius, II, 57. Marc., *D.*, XLVII, 19, 1.

(3) D'après Pomp., *D.*, XLI, 5, 3, on qualifie aussi usucapion *p. h.* celle qui a lieu au profit de l'héritier lui-même, pour les choses qui n'appartenaient pas au défunt et qu'il croit héréditaires.

(4) Diocl., *C.*, III, 31, 7; VII, 29, 2. Pomp., *D.*, XLI, 5, 1.

(5) Gaius, II, 170-173.

(6) *Ibid.*, II, 167; Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXVIII, 8], 1, 1; XXXVIII, 9, 1 pr.; Pomp., *D.*, XXVIII, 5, 23, 2.

(7) Paul., *h. t.*, 8, 2. Le délai peut être prorogé pour une cause grave. Ulp., 3; 4.

ciers peut être exercé contre les héritiers siens eux-mêmes (1); on les invite à déclarer s'ils entendent invoquer le bénéfice d'abstention, car ce bénéfice les place dans une situation analogue à celle des héritiers externes (2).

Justinien a modifié le droit antérieur quant au délai accordé pour délibérer et à l'effet produit par le silence de l'héritier. Le délai est de 9 mois et peut être porté à un an par l'empereur. Passé ce délai, l'héritier, qui n'a pas répudié, est réputé acceptant (3).

L'usage du *spatium deliberandi* n'est pas restreint au cas qui vient d'être indiqué : l'héritier, qui a des doutes sur la solvabilité du défunt, a le *jus deliberandi*. Il peut, sans y être invité, demander au Préteur un délai pour délibérer. Cette faculté, accordée par l'Édit au tuteur d'un pupille, a été généralisée par la jurisprudence (4). Elle procure à l'héritier divers avantages : il peut réclamer la communication des comptes du défunt à qui en est dépositaire, aliéner les objets susceptibles de dépérissement, payer les dettes urgentes avec l'autorisation du Préteur, sans s'exposer à être traité comme ayant fait un acte d'héritier. Le fils du défunt peut aussi demander qu'on lui fournisse des aliments aux dépens de l'hérédité (5).

5° Depuis Théodose le jeune, la prescription de 30 ans (6).

§ 5. **Effets de l'acceptation.** — 1. Règle *semel heres, semper heres*. — L'héritier qui accepte devient le représentant du *de cujus*. Cette représentation *sui generis* (7) comprend deux éléments distincts : la perpétuité et la continuité.

L'héritier est le représentant du *de cujus* à perpétuité : *semel heres, semper heres* (8). La qualité d'héritier est indélébile : c'est là une règle propre à la législation romaine et qui remonte à l'époque où l'héritier était avant tout le continuateur du culte (9). Mais le principe de la représentation n'est pas absolu : si en général les deux personnalités n'en font qu'une (p. 284), il y a des cas où on les distingue soit dans l'intérêt des créanciers du défunt (p. 745), soit dans l'intérêt de l'héritier (10).

2. Hérédité jacente. — L'héritier externe succède au défunt sans solu-

(1) Arg. Ulp., *h. t.*, 8.
(2) Jul., *D.*, XXX, 89.
(3) *C.*, VI, 30, 22, 14.
(4) Ulp., *h t.*, 7 pr. Aristo, ap Ulp., *eod.*, 5 pr.; 28.
(5) Gaius, *h. t.*, 3; Ulp., 7. 3; XXIX, 2, 20, 1. Paul., *h. t.*, 9.
(6) *C.*, VII, 39, 3 pr. Elle s'applique à l'action *de universitate* comme aux autres actions. Cf. C. civ. 789.
(7) Nous traduisons par le mot représentation l'idée exprimée par Julien : *Personæ defuncti vice fungitur.* (Ulp., *D.*, XLI, 1, 33, 3.) Il ne s'agit pas de faire de l'héritier un *procurator*, comme le suppose Fadda (*Diritto ereditario romano*, I, 18). D'après Ulpien, *heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat* (*D.*, L, 17, 59.)
(8) Exceptions : l'héritier qui se donne adrogation ou qui passe sous la *manus* cesse d'être héritier ; c'est l'adrogeant ou l'acquéreur de la *manus* qui devient héritier à sa place (Gaius, III, 84). Autre exception en cas de cession d'une hérédité légitime, p. 749.
(9) Gaius, *D.*, 28, 5, 89. Cf. Lescœur, *Des* sacra privata *chez les Romains*, 1895, p. 17.
(10) Cf. Scæv., *D.*, XLVI, 3, 93 pr.

tion de continuité (1). Cette idée n'a pas été facilement admise. Entre le décès et l'adition il s'écoule un intervalle pendant lequel l'hérédité est *jacente* : elle n'est plus au défunt; elle n'est pas encore à l'héritier. Les biens qui la composent n'ont pas de maître : ce sont des *res nullius* (2). Mais cette doctrine entraîne des conséquences choquantes : le premier venu peut s'emparer des meubles de la succession, sans crainte d'être poursuivi comme voleur; si un tiers se met en possession de l'hérédité et vend des biens héréditaires, il n'est pas obligé d'en restituer le prix à l'héritier qui fera ultérieurement reconnaître son droit; on peut tuer impunément un esclave héréditaire (3).

Le Préteur a porté remède à cette situation dans un cas qui se présentait souvent dans la pratique (4). L'Édit a établi une action au double contre l'esclave qui, affranchi par le testament du *de cujus*, a détourné des biens héréditaires (5). Désormais il était difficile de traiter ces biens comme vacants et sans maître : Labéon les considère comme appartenant à l'hérédité (6); mais cette conception était imparfaite, car l'hérédité, n'étant pas une personne, ne peut être titulaire d'un droit (7). Labéon lui-même ne s'est pas arrêté à cette conception et en a proposé une autre pour le cas de vente de biens héréditaires par le possesseur de l'hérédité : le prix des biens aliénés est, à

(1) L'idée de continuité a été critiquée. Elle paraît à Fadda (*loc. cit.*) antijuridique et n'avoir d'autre appui qu'une métaphore de Cicéron (*De leg.*, II, 19, 48) et un passage de *Nov.* 48 pr. Elle est pourtant exprimée par Celsus et par Paul (*D.*, L, 17, 193; 138 pr.) : *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur*. Les auteurs modernes ont eu le tort d'attribuer à cette idée une valeur absolue : les Romains n'y ont vu rien de plus qu'un moyen de justifier certaines solutions conformes aux besoins de la pratique.

(2) Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 24, 13, 5 : *eo tempore nemo dominus est*. Cf. Ulp., *D.*, XV, 1, 3 pr.

(3) Autre conséquence : la clause pénale, jointe, suivant l'usage, à un prêt à la grosse, ne serait pas encourue si, à l'échéance, le débiteur est mort et que son héritier n'ait pas fait adition. Lab., *D.*, XXII, 2, 9.

(4) Ulp., *D.*, XLVII, 4, 1, 1 : *E re esse prætor putavit calliditatem et protervitatem horum qui hereditates depopulantur... coercere.*

(5) Lab., ap. Ulp., *eod.* : *Æquum est, non esse impunitum eum qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit.*

(6) *Ibid.* : *Hereditati, hoc est dominæ.* Ulp., *D.*, XLIII, 24, 13, 5 : *Hereditas dominæ locum obtinet.* Julien, Marcellus (*D.*, XLVII, 2, 69; 71) soutiennent encore que les choses héréditaires ne peuvent être volées. Ce résultat, qui paraîtrait aujourd'hui dangereux pour l'ordre social, était moins choquant à une époque où l'on autorisait l'usucapion *pro herede*. On peut s'étonner qu'il ait été admis par Julien qui considère l'hérédité jacente comme appartenant au *de cujus* : Scævola l'explique en disant qu'on ne vole que les choses possédées par quelqu'un (*D.*, XLVII, 4, 1, 15). En réalité on était en présence d'une règle surannée qui n'aurait pas subsisté s'il n'y avait eu une exception pour les héritiers nécessaires : Gaius, III, 201.

(7) On pourrait être tenté de considérer l'hérédité comme une personne juridique : mais la loi ne reconnaît que des personnes juridiques présentant un intérêt général; ici la personne juridique serait établie dans un intérêt privé. Puis les personnes juridiques ont une durée indéfinie, l'hérédité jacente ne doit avoir qu'une existence éphémère. Pourtant Flor., *D.*, XLVI, 1, 22, dit : *hereditas vice personæ fungitur, sicut municipium et decuria et societas.* Mais ce rapprochement a pour but de justifier une décision d'équité : autoriser un ami du défunt à garantir le paiement d'une de ses dettes en attendant que l'héritier se présente. Grâce à cette intervention, on empêchera la saisie et la vente des biens à la requête d'un créancier trop pressé; on préservera la mémoire du défunt de l'infamie.

son avis, une partie intégrante de l'hérédité (1). L'hérédité n'est pas une collection de choses corporelles ou incorporelles sans lien entre elles : elle forme un seul tout ; elle a son unité ; c'est une universalité juridique, un *juris nomen* (2).

La jurisprudence postérieure a précisé l'idée émise par Labéon. Une universalité juridique, comme un patrimoine, doit se rattacher à une personne déterminée; cette personne est, d'après Javolenus, l'héritier futur ; mais cette solution est peu satisfaisante, car on ignore quel sera cet héritier, et l'on s'expose à prolonger un état d'incertitude qu'on a tout intérêt à faire cesser. Aussi Julien a-t-il rectifié l'opinion de son maître, et formulé la doctrine qui a prévalu : l'hérédité représente la personne du défunt (3).

Cette doctrine, conforme aux croyances populaires des Romains (4), fut aisément acceptée; elle fournit le moyen de résoudre équitablement presque toutes les difficultés relatives aux actes accomplis pendant que l'hérédité était jacente (5); elle permet aussi de définir la situation de l'héritier externe considéré comme le successeur du *de cujus*. L'héritier est, jusqu'à l'adition, dans une situation analogue à celle d'un ayant droit sous condition suspensive. Le sort des actes accomplis pendant que l'hérédité est jacente reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache si la condition s'est réalisée. Si l'héritier accepte, tout se passe comme s'il avait succédé au défunt dès l'instant du décès (6). Il n'en est pas de même lorsque l'héritier est sien et nécessaire : l'hérédité est acquise de plein droit au moment du décès. Mais s'il fait usage du bénéfice d'abstention, il cesse, d'après le droit prétorien, d'être traité comme un héritier. Il est, en fait, dans la situation d'un ayant droit sous condition résolutoire.

(1) Ap. Ulp., *D.*, V, 3, 18 pr. Le possesseur est même responsable du prix qu'il n'a pas touché par suite de la faillite du banquier chargé de la vente.

(2) Ulp., *D.*, XXXVII, 1, 3, 1. Pomp., L, 16, 119; Ulp., 178, 1; Pap., V, 3, 50 pr.

(3) Ap. Ulp., *D.*, XLI, 1, 33 ; cf. Flor., *D.*, XXX, 116, 3; Diocl., *C.*, IV, 34, 9.

(4) D'après ces croyances, le chef de famille ne meurt pas tout entier; son âme continue à résider auprès du foyer domestique. La survie du patrimoine était pareillement admise par le droit pontifical : le culte domestique ne s'éteint pas à la mort du chef de famille; le patrimoine du *de cujus* reste affecté à son entretien; il conserve donc son unité.

(5) *a*) Le patrimoine du défunt peut croître ou diminuer. *b*) Celui qui fait un acte de gestion d'affaires dans l'intérêt d'une hérédité acquiert un droit contre cette hérédité, même si l'héritier est un pupille (Paul., *D.*, III, 5, 21, 1); *c*) L'étendue de la créance des frais funéraires se détermine d'après le rang social et la fortune du défunt (Ulp., *D.*, XI, 7, 1). *d*) Les esclaves héréditaires continuent à être des instruments d'acquisition pour le maître : ils peuvent stipuler, être institués héritiers, gratifiés d'un legs en empruntant la capacité du défunt (Gaius, *D.*, XXVIII, 5, 31, 2). Cf. Bufnoir, *Condition*, 443. *e*) L'injure adressée à la mémoire du défunt, l'outrage commis envers son cadavre fait naître au profit de l'hérédité un droit à une réparation pécuniaire (p. 558, 8). *f*) Si un esclave héréditaire est tué, l'action de la loi Aquilia naît au profit de son maître, c'est-à-dire de l'hérédité. Les jurisconsultes antérieurs donnaient une solution analogue, les uns en s'appropriant la thèse de Labéon qui considérait l'hérédité comme propriétaire (Cels., ap. Ulp., *D.*, IX, 2, 13, 2); les autres en invoquant une raison de sentiment : refuser l'action de la loi Aquilia, ce serait, disaient-ils, la ruine des posthumes qui sont appelés à l'hérédité de leurs parents (Pomp., *eod.*, 43). Cf. Cels., *D.*, L, 17, 193.

(6) Celsus (IX, 2, 13, 2) exprime cette idée à propos des lois restrictives du cautionnement. Il visait sans doute le cas où une personne avait cautionné la dette d'un esclave héréditaire : cette personne pouvait-elle, dans le cours de la même année, cautionner une dette de l'héritier? Celsus devait appliquer ici la loi Cornelia, en considérant les deux débiteurs comme une seule personne.

La doctrine de Julien, qui prolonge la personnalité juridique du défunt jusqu'à l'adition, a été féconde en conséquences (1). Sur un point cependant elle ne répondait pas aux exigences de la pratique : elle ne donnait pas le moyen de faire, pendant la jacence de l'hérédité, un acte en vue de l'héritier futur. Un esclave héréditaire n'avait pas le droit de stipuler pour cet héritier (2). La difficulté fut résolue par une règle formulée par Florentin : l'adition a un effet rétroactif; à quelque moment qu'elle ait lieu, l'héritier est réputé avoir succédé au défunt dès le jour du décès (3). Cette règle, qui complète celle de Julien, tend au même but par une voie différente : elle supprime toute solution de continuité entre le défunt et l'héritier. Elle permet à l'esclave héréditaire de stipuler, suivant les circonstances, soit pour l'héritier futur, soit pour l'hérédité (4).

3. Transmission de l'actif et du passif. — *a*) L'héritier succède à tous les droits composant le patrimoine du défunt (5) : il n'importe que ces droits existent actuellement, soient conditionnels ou en voie de formation. Il succède également au droit à un sépulcre héréditaire, à moins de volonté contraire exprimée par le testateur (6). La règle souffre exception pour les droits attachés à la personne (7), pour les tombeaux de famille et pour la possession (8). L'héritier a d'ailleurs la faculté de se mettre en possession des choses possédées par le défunt ; si un tiers s'en est emparé par violence, l'héritier pourra exercer contre lui l'interdit *unde vi* comme l'aurait fait le défunt (9).

L'héritier est donc, en principe, aux lieu et place du défunt. Les deux personnes se confondent en quelque sorte pour n'en faire qu'une (10). Par suite, l'héritier ne peut critiquer les actes accomplis par le défunt, alors même qu'ils lui seraient préjudiciables ; réciproquement, s'il a accompli un acte au préjudice du défunt, il ne peut se prévaloir du droit qu'aurait eu le *de cujus* de critiquer cet acte (p. 278, 2).

b) Le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier : il n'a

(1) Ulp., *D.*, XLI, 1, 34. Cf. *D.*, XLI, 3, 15 pr., *in fine.*

(2) Cette doctrine, soutenue par les Proculiens, était la conséquence logique de la règle qui subordonne l'acquisition de l'hérédité à l'adition. Pour l'écarter et donner satisfaction aux besoins de la pratique, les Sabiniens invoquaient une raison empruntée au droit religieux. Il n'est pas exact, dit Cassius, de traiter l'héritier comme un étranger jusqu'à l'adition : son deuil commence au jour du décès ; sa famille est, dès ce moment, *funesta*, et cette souillure ne disparaîtra qu'après l'accomplissement des actes purificatoires (Gaius, *D.*, XLV, 3, 28, 4). Cf. Ed. Cuq, v° Funus, *Dict. Antiq.*, II, 1397. Mais la raison alléguée par Cassius n'était vraie que pour le deuil d'un membre de la famille *(funus familiare)* ; elle ne s'appliquait pas au cas où l'héritier était un étranger. Cassius faisait une généralisation que rien n'autorisait.

(3) *D.*, XXIX, 2, 54 : *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*, cf. Cels., *D.*, L, 17, 193.

(4) Mod., *D.*, XLV, 3, 35. Cette règle donne une base solide à l'opinion jadis soutenue par les Sabiniens. Il ne faut pas s'étonner qu'on ait inséré au Digeste divers fragments exprimant cette opinion : en pratique, ils conservaient toute leur valeur.

(5) Pomp., *D.*, XXIX, 2, 37 ; Ulp., *D.*, L, 17, 59.

(6) P. 128. Carac., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 12, 3, 3.

(7) Usufruit ; obligations contractées *intuitu personæ* ; privilèges personnels.

(8) P. 314. Scæv., ap. Ulp., *D.*, XLVII, 4, 1, 15 : *Possessionem hereditas non habet quæ facti est et animi.*

(9) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 44.

(10) *Nov.* 48 pr. : *Cum... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem.*

plus d'existence propre et séparée. De là deux conséquences : l'héritier fait valoir en justice les droits qu'il tient du défunt par voie d'action directe : l'*intentio* est conçue à son nom (1); les droits réels que l'héritier avait sur les biens du défunt, les créances qu'il avait contre lui, et réciproquement, s'éteignent par confusion.

Parfois cependant l'hérédité conserve une existence distincte : lorsqu'elle fait l'objet d'une pétition d'hérédité ou d'un fidéicommis universel; lorsque les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines (2).

c) L'héritier est tenu des dettes du défunt *ultra vires* (3). Il serait mal venu à se plaindre, car il est libre de répudier la succession (4). L'héritier qui a des doutes sur la solvabilité du défunt doit user du *jus deliberandi;* il peut aussi traiter avec les créanciers avant de faire adition et limiter sa responsabilité (5). Seuls, les soldats ne sont tenus des dettes que *intra vires* depuis un rescrit de Gordien (6). L'héritier doit pareillement acquitter les legs contenus dans le testament, mais seulement *intra vires* (7) et, depuis la loi Falcidie, jusqu'à concurrence des trois quarts de l'actif net de la succession.

d) L'héritier doit enfin exécuter toutes les charges licites (8) imposées par le testateur, notamment celles qui ont pour objet l'érection d'un monument funéraire (9). C'est lui qui est l'exécuteur des dernières volontés du défunt : il doit délivrer les legs, affranchir les esclaves, restituer les fidéicommis. Cette mission ne peut, comme en droit moderne, être confiée à un tiers. Il en était autrement, dans l'ancien droit, lorsqu'on avait recours au testament par mancipation : le *familiæ emptor* était une sorte d'exécuteur testamentaire (p. 684). Mais ce mode de tester est tombé de bonne heure en désuétude.

Le droit classique n'admet pas qu'une personne autre que l'héritier puisse être chargée de répartir les biens héréditaires entre les ayants droit, ni directement (10), ni à titre de dépositaire (11). Le testateur ne

(1) Gaius, IV, 34; Pomp., ap. Paul, *D.*, V, 3, 36, 2.

(2) Cf. Ulp., *D.*, V, 3, 20, 3.

(3) Ulp., *D.*, XXIX, 2, 8 pr. : *Hereditas... quin nos obliget æri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.* Cf. Pomp., *D.*, L, 16, 119. Javolenus (*D.*, XXXVIII, 2, 36) montre l'intérêt qu'on peut avoir à accepter une succession insolvable, par exemple pour recouvrer un tombeau de famille.

(4) Il en était de même lorsqu'un héritier grevé de fidéicommis avait été forcé à faire adition et qu'il ne se trouvait personne pour recueillir la succession : on tenait l'adition pour non avenue (Pius, ap. Ulp., *D.*, XLII, 6, 1, 6).

(5) Ulp., *D.*, II, 14, 7, 17. *Rescr. Marci, eod.*, 8 et 10. Cf. Lenel, *Grünhuts Z.*, XXXVII, 537; Gradenwitz, *Festg. f. Güterbock*, 1910, p. 305.

(6) *C.*, VI, 30, 22 pr. La règle de l'obligation aux dettes a été admise pour des raisons d'utilité pratique : elle n'a pas la valeur d'un principe. Aussi a-t-on pu en limiter l'effet en faveur de certains héritiers. Le Code civil allemand a fait de l'exception la règle générale : les héritiers sont tenus des dettes *intra vires*.

(7) Ulp., *D.*, XXXV, 3, 1, 12 : *Hactenus legata debentur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto ære alieno*; Jul., *D.*, XVII, 1, 32; Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 1, 17; Jav., *D.*, XLIX, 14, 11.

(8) Pap., *D.*, XXXV, 1, 71, 2.

(9) Alf., *D.*, XXXV, 1, 27; Lab., 39, 1; Jul., 26; Pomp., 112 pr.

(10) Scæv., *D.*, XXXVI, 1, 78, 1 : *Quos etiam, si licuisset, curatores substantiæ meæ dedissem.* Cf. C. civ. 1025-1034.

(11) Ibid. : *Fidei heredum meorum committo uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud C. Seium et L. Titium.*

peut même pas charger un tiers d'exécuter telle ou telle disposition ou d'en contrôler l'exécution (1). Il est obligé de l'instituer héritier (2).

Dans les provinces grecques, les Romains ont toléré un usage contraire au leur (3) : une très ancienne coutume autorisait la nomination d'un exécuteur testamentaire (ἐπίτροπος). Les empereurs byzantins ont consacré cette coutume dans un cas particulier : le testateur, qui institue pour héritiers les pauvres ou les captifs originaires d'une cité déterminée, a le droit de nommer un exécuteur testamentaire. Les classiques admettaient seulement l'expédient d'un dépôt d'objets particuliers fait à un tiers, à charge de le restituer à une personne déterminée, soit au décès du testateur, soit lorsque le bénéficiaire arrivera à l'âge d'homme (4).

e) L'application de la règle sur l'obligation aux dettes et sur la confusion des patrimoines conduisait parfois à des conséquences rigoureuses : en cas d'insolvabilité du défunt, il était bien dur d'imposer la charge des dettes aux deux classes d'héritiers qui n'avaient pas le droit de répudier la succession (5). Le Préteur vint à leur secours : il permit aux héritiers nécessaires de demander la *séparation de biens;* il accorda aux héritiers siens et nécessaires le *bénéfice d'abstention*. Justinien alla plus loin et accorda à l'héritier lui-même le *bénéfice d'inventaire.*

En cas d'insolvabilité de l'héritier, la confusion des patrimoines pouvait être préjudiciable aux créanciers du défunt et aux légataires, qui auraient été payés intégralement si les biens du défunt étaient restés leur gage exclusif : le Préteur les autorisa à demander la *séparation des patrimoines.*

§ 6. **Séparation de biens.** — La séparation de biens est un bénéfice que le Préteur se réserve d'accorder à l'héritier nécessaire, lorsque les créanciers de la succession demandent la *bonorum venditio.* Il autorise l'héritier à se faire payer ce qui lui était dû par son patron et à con-

(1) Le testateur peut cependant confier à un tiers le soin de ses obsèques. C'est un mandat *post mortem* qui est indirectement sanctionné lorsque le *de cujus* a fait une libéralité au mandataire ou lui a remis l'argent nécessaire pour les funérailles : dans le premier cas, le mandataire qui ne remplit pas sa mission est déchu de la libéralité; dans le second, il est passible de l'action de dol ; le magistrat peut même user de contrainte envers lui (Ulp., *D.*, XI, 7, 14, 2; 12, 4; 12, 2). Ces décisions de faveur s'expliquent par le désir de ne pas retarder les obsèques au cas où l'héritier hésiterait à prendre parti ou serait absent. Mais serait-il présent, il ne doit pas s'opposer à l'exécution du mandat : ce serait un acte incorrect (*ibid.* 14, 14). Cf. Ed. Cuq, vº Funus (*Dict. Antiq.*, II, 1402).

(2) Pap., *D.*, XXXIV, 1, 8; 9 pr.; 10 pr.; Paul., *D.*, XXXV, 3, 7. Jul., *D.*, XXX, 96, 3 : *Si scriptus ex parte heres rogatus sit præcipere pecuniam et iis quibus testamento legatum erat distribuere.* Souvent le testateur prescrit de lui ériger un monument funéraire au gré *(arbitratu)* d'un de ses héritiers (*CIL.*, IX, 4447; X, 230, 1335, 4002, 4176), ou d'un tiers à qui l'héritier remettra une somme déterminée : Lab., *D.*, XXXV, 1, 40, 5; Pomp., *eod.*, 6 pr.

(3) Paul., *D.*, XVI, 3, 26 pr.; Scæv., *D.*, XXXII, 37, 5. On a cru trouver un véritable exécuteur testamentaire dans *D.*, XXXIII, 4, 13 : un testateur charge un tiers de veiller à ce qu'on remette à sa seconde fille, en sus de sa part héréditaire, une dot égale à celle de sa sœur aînée. Mais Scævola ne dit pas que cette clause soit valable ; il est d'avis que le magistrat doit obliger les cohéritiers à se conformer à la volonté de leur père : *æstimaturum ut eadem quantitate ex communi præcipua minori filiæ dotis nomine detur.*

(4) Leo, *C.*, I, 3, 28. Just., *eod.*, 48. Cf. Bruck, *Grünhuts Z.*, XL, 533-574.

(5) Il dépendait du testateur de leur donner la faculté de renoncer à la succession en les instituant sous une condition potestative (Marc., *D.*, XXVIII, 5, 87; cf. 91).

server les biens qu'il a acquis depuis le décès et ceux qu'il acquerra dans la suite autrement qu'en vertu de la succession. A tout autre égard, il laisse subsister les effets attachés à la qualité d'héritier. La concession de ce bénéfice est subordonnée à la condition que l'héritier n'ait pas touché aux biens héréditaires (1).

§ 7. **Bénéfice d'abstention.** — Ce bénéfice appartient de plein droit aux héritiers siens et nécessaires (2); il n'a pas besoin, comme le précédent, d'être demandé au Préteur (3); mais il est, en principe, subordonné à la même condition : que l'héritier ne se soit pas immiscé dans l'hérédité ou n'ait pas détourné des biens héréditaires (4). S'il a fait acte d'héritier, il n'a droit au bénéfice d'abstention que s'il est impubère (5); mais, pour sauvegarder les intérêts des créanciers qui auraient pu être compromis par cet acte, une clause de l'édit permet aux créanciers de demander, au nom de l'impubère, qu'un délai soit fixé pour délibérer s'il a intérêt à conserver l'hérédité. Dans l'intervalle, le Préteur défend d'aliéner aucun bien héréditaire sans son autorisation et suivant l'arbitrage d'un homme de bien (6).

L'héritier qui s'abstient est considéré comme étranger à la succession (7) : il ne peut ni être poursuivi par les créanciers, ni faire valoir les droits appartenant au défunt (8). Pourtant on maintient les actes de disposition que l'héritier impubère aurait consentis de bonne foi (9). On maintient également, en présence d'un héritier sien qui s'abstient, la substitution pupillaire ou les affranchissements (10). Enfin l'héritier qui s'est abstenu peut revenir sur sa décision tant que les biens n'ont pas été vendus par les créanciers (11); mais il doit faire adition comme un héritier volontaire (12).

Le bénéfice d'abstention peut être invoqué même quand l'hérédité est solvable. Dans ce cas, l'héritier sien institué pour partie pourrait, tout en s'abstenant, réclamer un legs qui lui aurait été fait par son père (13).

(1) Ulp., *D.*, XLII, 6, 1, 18; Gaius, II, 155. On ignore à quelle époque ce bénéfice fut introduit. Il semble qu'il n'existait pas au temps de Sabinus, sans quoi la décision rapportée p. 727, 2, n'aurait pas de raison d'être. Cf. Baviera, *Storia e teoria della* separatio bonorum, 1899, p. 12.

(2) Il peut être invoqué par la femme *in manu* et même par l'individu *in mancipio*, bien qu'il soit héritier nécessaire comme un esclave (Gaius, II, 159, 160).

(3) Ulp., *D.*, XXIX, 2, 12; Sev., Car., *C.*, II, 39, 1.

(4) Pap., ap. Ulp., *D.*, XXIX, 2, 20, 4 : *Pro herede geri dicendum esse ait, quoties accipit quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat*, Cf. *eod.*, 87; 71, 3 et 4. Carac., *C.*, VI, 31, 1.

(5) Gaius, *D.*, XXIX, 2, 57, 1. Par exception, l'héritier pubère, mineur de 25 ans, peut demander l'*in integrum restitutio* (Gaius, II, 163).

(6) Ulp., *D.*, XXVIII, 8, 7 pr. Cette clause existait dans l'édit au temps de Labéon (*ibid.*, 17, 2). Le bénéfice d'abstention fut donc admis dès le temps de la République. Cic., *Philip.*, II, 16, 44 : *Cum ipse hereditatem patris non adiisses.*

(7) Il n'a que *nudum nomen sui heredis*. Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 2, 8; Paul, *D.*, XI, 1, 12 pr.

(8) Gaius, *D.*, XXIX, 2, 57 pr. S'il détourne un objet héréditaire, Sabinus le traite comme un voleur (Ulp., *eod.*, 71, 9).

(9) Jul., *D.*, XXIX, 2, 44 : *tutore auctore.*

(10) Jul., *eod.*, 41; Pap., *D.*, XXVIII, 6, 12; Ulp., *D.*, XL, 4, 32.

(11) Ulp., *D.*, XXVIII, 8, 8. Sous Justinien, cette faveur est limitée à trois ans (*C.*, VI, 31, 6).

(12) Jul., *D.*, XXX, 89.

(13) Pap., *D.*, XXX, 87 : *Non enim impugnatur judicium ab eo qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.*

§ 8. **Séparation des patrimoines.** — C'est un bénéfice accordé par le Préteur aux créancieurs de la succession et aux légataires, lorsque l'hérédité est acquise par un héritier moins solvable que ne l'était le défunt.

1. Ayants droit. — Si la mort d'un débiteur devait modifier la situation de ses créanciers, ce serait une atteinte grave à la sécurité du crédit. Les créanciers héréditaires, venant en concours avec les créanciers personnels de l'héritier, courraient le risque de ne plus être intégralement payés ou de recevoir une part moindre que celle qu'ils auraient obtenue du défunt. Ils seraient trompés dans leur attente, car ils ont compté être payés sur les biens de leur débiteur. Le Préteur a pensé que l'équité lui faisait un devoir de venir à leur secours, et d'empêcher que les créanciers personnels de l'héritier ne s'enrichissent à leurs dépens. Il permet à tout créancier de la succession de demander la séparation des patrimoines, afin d'être payé sur les biens du défunt à l'exclusion des créanciers personnels de l'héritier (1).

Le Préteur accorde le même bénéfice aux légataires : bien qu'il n'y ait pas même raison de les protéger que les créanciers, il a paru équitable d'assurer de cette manière l'exécution des volontés du défunt. Les légataires ne seront d'ailleurs payés qu'après les créanciers héréditaires (2).

La séparation est refusée aux créanciers personnels de l'héritier. La question se pose lorsqu'un débiteur à peu près solvable accepte l'hérédité d'un insolvable : les créanciers personnels vont subir un préjudice par suite du concours des créanciers de la succession ; mais ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes, s'ils n'ont pas exigé de garantie contre les nouveaux engagements que pourrait contracter leur débiteur (3).

2. Conditions. — La séparation doit être demandée au Préteur qui rend un décret *cognita causa*. Elle est ordinairement accordée lorsque l'héritier est insolvable et sous le coup d'une *bonorum venditio* (4). Trois fins de non-recevoir peuvent être opposées à la demande : *a*) lorsque le créancier a accepté l'héritier pour débiteur, par exemple en exigeant des intérêts, une caution, un gage ; *b*) lorsque les biens du défunt ne peuvent plus être distingués de ceux de l'héritier. Cette fin de non-recevoir peut n'être que partielle, s'il y a quelques biens susceptibles d'être reconnus ; *c*) lorsque cinq ans se sont écoulés depuis l'adition (5).

3. Effets. — La séparation des patrimoines n'a pas d'effet rétroactif : les actes d'aliénation consentis de bonne foi par l'héritier avant la demande sont maintenus (6). Il en est de même des droits de gage et d'hypothèque : mais, d'après un rescrit de Sévère et Caracalla, les

(1) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLII, 6], 1, 1. Cf. C. civ. 878.
(2) Jul., *eod.*, 6 pr. ; Carac., *C.*, VII, 72, 1.
(3) Ulp., *h. t.*, 1, 2 : *Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.* Cf. C. civ. 881.
(4) Ulp., *h. t.*, 1 pr., 1 et 14 ; Gord., *C.*, VII, 72, 2.
(5) Ulp., *eod.*, 1, 10-15. Le délai était sans doute à l'origine laissé à l'appréciation du magistrat. Ferrini (*Arch. giur.*, LXIII, 546) pense qu'il a été fixé à cinq ans par les compilateurs.
(6) Pap., *h. t.*, 2.

créanciers héréditaires qui demandent la séparation sont préférés aux créanciers gagistes ou hypothécaires qui ont traité avec l'héritier (1). C'est une anomalie : en général, qui peut le plus peut le moins ; ici l'héritier, qui peut aliéner la pleine propriété, ne peut conférer une hypothèque opposable aux créanciers héréditaires.

Sous cette réserve, on peut dire que la séparation des patrimoines, tout en faisant considérer l'adition comme non avenue à l'égard des créanciers du défunt, n'enlève pas à l'héritier son titre ; elle supprime les effets de l'adition en laissant subsister la cause. Aussi l'héritier a-t-il droit au reliquat, s'il y en a un, lorsque les dettes héréditaires et les legs sont acquittés.

La réciproque est-elle vraie ? Les créanciers du défunt qui n'ont pas été intégralement payés conservent-ils l'héritier pour débiteur ? Peuvent-ils venir en concours avec les créanciers personnels ? Sur ce point, les jurisconsultes furent divisés. Paul et Ulpien soutiennent qu'en demandant la séparation, les créanciers du défunt ont renoncé à avoir l'héritier pour débiteur (2). C'était exagérer les effets de la séparation et oublier qu'elle laisse subsister l'adition. Papinien, au contraire, décide que l'héritier reste obligé envers les créanciers héréditaires ; il admet seulement un tempérament d'équité : les créanciers ne pourront s'en prendre à l'héritier tant que les créanciers personnels ne seront pas désintéressés. De même que les créanciers personnels prennent le reliquat de la succession après que les créanciers héréditaires sont payés, ceux-ci ne peuvent s'attaquer à l'héritier avant que les créanciers personnels soient payés (3).

§ 9. **Bénéfice d'inventaire.** — Ce bénéfice, établi par Justinien, a pour but de limiter la responsabilité de l'héritier quant au payement des dettes héréditaires : l'héritier n'est tenu que dans la mesure de l'actif de la succession. C'est une très heureuse innovation et un progrès notable réalisé par le droit : l'héritier n'a plus à craindre la découverte de dettes ignorées au jour de l'adition. De leur côté, les créanciers n'ont pas à se plaindre, car leur garantie n'est pas diminuée ; la seule chose qu'ils puissent demander, c'est qu'on prenne les mesures nécessaires pour prévenir un détournement ou une dissimulation : l'héritier est tenu de dresser un inventaire des biens du défunt.

Le droit d'invoquer le bénéfice est subordonné à trois conditions : *a*) L'inventaire doit être commencé dans les 30 jours à dater du moment où l'héritier a connu sa vocation, et terminé dans les 60 jours subséquents. Le délai total est porté à un an lorsque la résidence de l'héritier est éloignée du lieu où se trouve la majeure partie de l'hérédité. —

(1) Ap. Ulp., *eod.*, 1,3.

(2) Paul, *h. t.*, 5 ; Ulp., *eod.*, 1, 17. Ce dernier texte est suspect d'interpolation : les expressions *veniam impetrare, justissima scilicet ignorantiæ causa* trahissent la main des compilateurs. Baviera (*op. cit.*, 39) pense qu'ils ont voulu consacrer l'opinion jusqu'alors isolée de Paul : elle convenait mieux à une époque où l'on s'efforçait de limiter la responsabilité de l'héritier vis-à-vis des créanciers héréditaires. Le caractère de la séparation de biens fut dès lors sensiblement modifié : ce n'est plus un bénéfice puisqu'il peut se retourner contre celui à qui il est accordé.

(3) Pap., *h. t.*, 3, 2.

b) L'inventaire doit être fait en présence d'un *tabularius* et de témoins (1). Pour prévenir les réclamations des légataires, on les invite à y assister; s'ils ne peuvent ou ne veulent s'y rendre, on convoque trois témoins. — *c*) L'inventaire doit être signé par l'héritier qui jurera avoir agi sans fraude. Les créanciers et légataires sont admis à prouver par tous les moyens l'inexactitude de l'inventaire : l'héritier parjure encourt la peine du double.

Durant l'inventaire, aucune action ne peut être intentée contre l'héritier. Lorsqu'il est terminé, la situation de l'héritier est modifiée : *a*) L'héritier paye les créanciers et les légataires dans l'ordre où ils se présentent (2); il est libéré lorsque l'actif est épuisé. *b*) Il se paye à lui-même ce qui lui est dû personnellement ainsi que les frais d'inventaire, d'obsèques, etc. Réciproquement, il doit verser à la masse les sommes dont il est débiteur. A cet égard, il y a une sorte de séparation des patrimoines, mais elle n'est pas complète, car *c*) l'héritier a le droit de vendre les biens héréditaires pour payer les créanciers et les légataires. Cette vente entraîne l'extinction des hypothèques sur les biens de la succession; les créanciers hypothécaires qui se présentent tardivement n'ont de recours ni contre l'héritier, ni contre les tiers acquéreurs, mais seulement contre les créanciers postérieurs ou contre les légataires qui ont indûment profité du prix de vente (3).

II. Renonciation.

La renonciation, comme l'acceptation, ne peut avoir lieu qu'après l'ouverture de la succession. On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à une succession qui n'est pas ouverte (4). Les pactes sur succession future sont nuls (5).

En droit moderne, la renonciation à une succession ne se présume pas (C. civ. 784) : elle doit être faite au greffe du tribunal et inscrite sur un registre spécial. A Rome, la renonciation peut être expresse ou tacite. Aucune formalité n'est requise pour la renonciation expresse; mais en cas d'institution *cum cretione*, elle peut être révoquée jusqu'à

(1) *C.*, VI, 30, 22; *Nov.*, 1, c. 2, 1. Les *tabularii* sont des fonctionnaires municipaux subalternes chargés de tenir les comptes et de garder les archives d'une cité. Ce sont des *personæ publicæ* (*Inst.*, I, 11, 3). Il ne faut pas les confondre avec les *tabelliones* (p. 894). Cf. C. civ. 793-810.

(2) Le résultat est mauvais : on aurait dû prendre des mesures pour assurer l'égalité entre les créanciers, et la préférence des créanciers sur les légataires.

(3) *C.*, VI, 30, 22, § 5-8. L'héritier est-il tenu personnellement jusqu'à concurrence de l'actif, ou est-il libéré lorsqu'il ne lui reste plus de biens de la succession? La question présente de l'intérêt lorsque ces biens ont péri par cas fortuit : elle est discutée. Au *pr.*, Justinien déclare qu'il veut étendre à tous les héritiers les avantages accordés par Gordien aux militaires qui ont fait adition par erreur : *ipsorum bona a creditoribus hereditariis non inquietantur*. Mais la loi dit § 4 : *Et in tantum hereditariis creditoribus teneantur in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant*. On doit, croyons-nous, s'attacher au dispositif de la loi : l'héritier bénéficiaire est tenu dans la mesure de la valeur des biens qu'il a recueillis.

(4) Ulp., *h. t.*, 13, 1; 25, 6. Pap., *D.*, XXXVIII, 16, 16; Alex., *C.*, VI, 20, 3. Voir *P. Caire*, 67156, l. 22-23, où une fille renonce aux biens que sa mère pourra acquérir ultérieurement. *P. Munich*, 6.

(5) Jul., *D.*, XLV, 1, 61; Diocl., *C.*, VIII, 38, 4. C. civ. 791, 1130.

l'expiration du délai fixé (1). La renonciation est tacite lorsque l'héritier externe laisse écouler le délai fixé par le testateur pour accepter, ou par le Préteur, pour délibérer; cette règle a été modifiée par Justinien (p. 739, 3).

§ 1er. **Capacité.** — La capacité requise pour renoncer à une succession est la même que pour l'accepter (2). Mais le père ou le tuteur d'un *infans* n'est pas autorisé à renoncer au nom du pupille (3).

L'héritier, qui renonce à l'offre qui lui est faite de devenir héritier, manque une occasion d'acquérir (4). On ne peut pas dire qu'il aliène, qu'il diminue son patrimoine. La répudiation d'une succession ne peut donc ni être attaquée par l'action Paulienne (5), ni être annulée comme constituant une donation entre époux (6). Seuls les légataires peuvent, après enquête, être autorisés par le Préteur à attaquer la renonciation frauduleuse faite par un héritier testamentaire qui préfère se présenter comme héritier ab intestat pour échapper à la charge des legs : on leur donne une action fictice comme s'il n'y avait pas eu renonciation (7).

§ 2. **Effets.** — La renonciation d'un héritier institué a pour effet de donner ouverture soit à la substitution vulgaire s'il n'y a qu'un héritier, soit au droit d'accroissement s'il y en a plusieurs (8). A défaut de substitué ou de cohéritier, la succession s'ouvre au profit des héritiers ab intestat ou des *bonorum possessores*. Dans tous les cas, l'héritier le plus proche exclut le plus éloigné. S'il renonce, le droit civil n'admet pas la dévolution aux agnats du degré subséquent (9). Le droit prétorien, au contraire, admet la dévolution d'ordre à ordre au profit des *bonorum possessores*, et même de degré à degré dans l'ordre des cognats (10). C'est ce qu'on appelle le bénéfice de l'*edictum successorium* (11). La dévolution a lieu, non seulement en cas de renonciation, mais aussi à défaut d'acceptation dans le délai fixé par le Préteur. — L'innovation du droit prétorien a été appliquée aux successions créées par les Sc. Tertullien et Orfitien (12).

Justinien est allé plus loin : il admet la dévolution de degré à degré dans l'ordre des agnats (13). Après les réformes introduites par les

(1) Gaius, II, 68, 169. Cf. C. civ. 790.
(2) Ulp., *D.*, XXIX, 2, 18.
(3) L'exception admise pour l'adition est une décision de faveur (Paul., *eod.*, 9 *in fine*) et ne saurait être étendue.
(4) Paul., *D.*, L, 16, 28 pr.; Ulp., *D.*, XLII, 8, 6, 2.
(5) Ulp., *D.*, L, 17, 134 pr. Il en est autrement en droit français. C. civ. 788.
(6) P. 528, 9. La renonciation n'est pas traitée comme équivalant à la constitution d'une dot profectice, lorsqu'elle émane d'un père de famille qui veut faire profiter de la succession le mari de sa fille, à titre de substitué ou d'héritier ab intestat. Ulp., *D.*, XXIII, 3, 5, 5.
(7) Ulp., *D.*, XXIX, 4, 1 pr. La règle a été appliquée au légataire grevé de fidéicommis, lorsque par son dol il a provoqué l'*omissio* de l'hérédité (*ibid.*, 4, 2); à celui qui renonce à la *B. P. contra tabulas* pour demander la succession ab intestat (*Ibid.*, 6, 9.)
(8) Cf. C. civ. 786.
(9) Paul., IV, 8, 21 : *In hereditate legitima successioni locus non est.* Gaius, III, 12.
(10) Ulp., *D.*, XXXVIII, 9, 1 pr. : *Ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret.*
(11) Pap., *eod.*, 2; Ulp., *D.*, XXXVIII, 8, 1, 10.
(12) Ulp., *D.*, XXXVIII, 17, 1, 9; 2, 8; 2, 14.
(13) *Inst.*, III, 2, 7.

Novelles et la distinction de quatre classes d'héritiers ab intestat, la dévolution a lieu de degré à degré dans chaque classe; à défaut d'héritier dans une classe, il y a dévolution à la classe subséquente (1).

III. Cession d'une hérédité.

La faculté de vendre une hérédité a été de bonne heure admise (2). Cette vente ne modifie en rien la situation de l'héritier vis-à-vis des créanciers de la succession et des légataires : il reste leur débiteur (3). Elle l'oblige à transmettre à l'acheteur tout le profit que lui procure la succession (4). De son côté l'acheteur est tenu, en sus du prix de vente, de l'indemniser de toutes les sommes qu'il débourse à titre d'héritier. Ces engagements étaient confirmés par des stipulations réciproques. La vente ne fait pas de l'acheteur un héritier; il reste l'ayant cause à titre particulier du vendeur; mais, en fait, il est comme un héritier (5). — La vente d'une hérédité est soumise aux règles ordinaires quant à sa validité et à sa réalisation (6). Elle a un caractère aléatoire, lorsqu'on vend le droit que l'on peut avoir sur une hérédité (7).

Les règles qui précèdent s'appliquent à la donation d'une hérédité, mais la responsabilité de l'aliénateur est atténuée, conformément aux principes qui régissent les rapports entre donateur et donataire (8).

La cession d'une hérédité présente un caractère particulier lorsqu'elle a lieu par voie d'*in jure cessio :* ses effets diffèrent suivant que le cédant est un héritier ab intestat ou testamentaire, suivant qu'elle a lieu avant ou après l'adition. Elle n'est pleinement efficace que si elle est faite par un héritier ab intestat avant l'adition : le cessionnaire devient ici un véritable héritier (9). Elle est sans valeur lorsqu'elle est faite avant l'adition par un héritier testamentaire. Elle produit des effets restreints et à certains égards singuliers lorsqu'elle a lieu après l'adition : que le cédant soit un héritier ab intestat ou testamentaire, elle ne fait acquérir que la propriété des biens corporels de l'hérédité ; le cédant reste obligé envers les créanciers de la succession ; les débiteurs héréditaires sont libérés. Les Proculiens traitaient de même l'*in jure cessio* de l'hérédité faite par un héritier nécessaire (10), mais

(1) *Nov.*, 118 et 127.
(2) Lab., *h. t.*, [*D.*, XVIII, 4], 24; ap Ulp., *eod.* 2, 17. Gaius, II, 252.
(3) Pap., *D.*, XXXIX, 5, 28; Carac., *C.*, IV, 39, 2. Cette règle ne s'applique pas à la vente consentie par le fisc : Sev., *eod.*, 1; Paul, *D.*, XLIX, 14, 41.
(4) Ulp., *h. t.*, 2, 1; 2, 4; 2, 8. L'acheteur fait valoir en justice les créances héréditaires à titre de *procurator in rem suam*, ou au moyen d'actions utiles (p. 639, 6).
(5) Ulp., *h. t.*, 2 pr., 18; Pomp., *D.*, VIII, 4, 9.
(6) Paul, *h. t.*, 1, 7; Alex., *C.*, IV, 39, 5; 6. Cf. C. civ. 1696-1698.
(7) Jav., *h. t.*, 10; Ulp., *h. t.*, 11.
(8) Pap., *D.*, XXXIX, 5, 28. Cf. p. 520, 1 et 6.
(9) Gaius, II, 34-36; III, 85-86. Cette dérogation à la règle *semel heres semper heres* serait difficile à concevoir si, à l'origine, l'agnat avait eu la qualité d'héritier. Elle s'explique, au contraire, si l'on y voit un vestige de l'époque où l'agnat n'était pas héritier, où il acquérait directement les biens héréditaires en vertu de la loi, sans avoir à faire adition.
(10) Ils l'assimilaient à l'héritier qui a fait adition. Gaius, II, 37; III, 87.

les Sabiniens la déclaraient sans valeur. L'*in jure cessio* de l'hérédité a disparu sous Justinien (1).

IV. Des successions vacantes.

Depuis la loi Julia *caducaria*, les successions qui ne sont réclamées ni par un héritier testamentaire ni par un héritier ab intestat, sont déférées au peuple romain représenté par le Trésor public, puis par le fisc (2). L'usucapion *pro herede* ne fait plus acquérir la qualité d'héritier. Un délai de 4 ans est imparti au fisc pour faire valoir son droit. Ce délai court à dater du moment où il est devenu certain qu'il n'y a ni héritier ni *bonorum possessor;* tant qu'il n'est pas expiré, le fisc peut revendiquer les biens contre tout possesseur (3). Après 4 ans, les tiers qui se sont mis en possession des biens héréditaires ne peuvent être inquiétés, soit que la vacance n'ait pas été dénoncée aux agents du fisc, soit que le fisc n'ait pas jugé à propos de revendiquer les biens (4).

Le peuple romain n'est pas assimilé à un héritier ordinaire : *a*) Il n'est pas tenu des dettes *ultra vires* (5). Le fisc est traité comme un successeur aux biens. L'hérédité insolvable est vendue au profit des créanciers. le fisc recueille l'excédent s'il y en a (6). *b*) Si le fisc vend lui-même une succession vacante, l'acheteur est seul tenu envers les créanciers héréditaires (7), et il a seul qualité pour poursuivre les débiteurs. *c*) Le fisc doit respecter les affranchissements et les legs mis à la charge de l'héritier défaillant (8).

En attribuant au peuple romain les successions vacantes (9), la loi a voulu créer pour le Trésor une nouvelle source de revenus, d'où la faculté pour l'État d'y renoncer au moins partiellement.

Un rescrit de Marc-Aurèle a permis à l'esclave affranchi par testament de demander au magistrat l'attribution des biens vacants *libertatium conservandarum causa,* à charge de fournir aux créanciers de la succession une caution suffisante pour garantir le payement intégral des dettes. L'intérêt du fisc ne saurait prévaloir sur la faveur due à la liberté. Tous les esclaves affranchis par le testament deviennent libres de plein droit s'ils ont reçu la liberté directe; dans le cas contraire, celui qui a obtenu l'*addictio* devra les libérer comme l'aurait fait l'hé-

(1) Les compilateurs ont recueilli quelques textes qui s'y rapportaient, mais les ont corrigés : Ulp. *D.*, XLIV, 4, 4, 28; Carac., *C.*, VII, 75, 1.

(2) Ulp., XXVIII, 7; Gaius, II, 150; Jul., *D.*, XXX, 96, 1. C. civ., 811-814. Cf. Ed. Cuq, *Les successions vacantes des citoyens romains tués à l'ennemi* (Cp[tes] R. *Acad. Inscr.*, 1916, p. 261.)

(3) Ant. P., ap. Callist., *D.*, XLIX, 14, 1, 2; Pap., *D.*, XL, 4, 50 pr.

(4) Pap., *D.*, XLIV, 3, 10.

(5) L'opinion contraire de Labéon (*D.*, XLIX, 14, 1, 1) n'a pas prévalu.

(6) P. 235, 2.

(7) Sev., Car., *C.*, IV, 39. 1; cf. Paul. *D.*, XLIX, 14, 41.

(8) Jul., *D.*, XXX. 96, 1; Gaius, *D.*, XLIX, 14, 14.

(9) Certaines cités jouissaient du privilège de recueillir, à la place du fisc, les successions vacantes, ouvertes sur leur territoire. Ce privilège fut supprimé par Dioclétien (*C.*, X. 10, 1). — Claude, au début de son règne, accorda cette faveur au municipe de Volubilis dans la Maurétanie Tingitane, mais seulement pour les biens des citoyens tués à l'ennemi *quorum heredes non extabant.* Cf. Ed. Cuq, *loc. cit.*

ritier. Le rescrit a été étendu aux esclaves affranchis par codicille, alors que le *de cujus* est mort intestat (1).

CHAPITRE V

Partage des successions et *collatio bonorum*.

I. Partage.

Lorsque plusieurs personnes sont appelées à une même succession chacune d'elles est autorisée par la loi des Douze Tables à demander le partage des biens héréditaires (2). A défaut d'accord, le partage a lieu en justice.

A l'époque antique, les héritiers domestiques restaient ordinairement groupés autour du foyer familial (3) : il se formait entre eux un *consortium* (4); l'hérédité restait indivise (5). Le droit au partage n'en subsistait pas moins; il était sanctionné par une action soumise à une formalité particulière : elle exigeait un appel adressé à tous les héritiers en termes consacrés (6). De là le nom de l'action *familiæ erciscundæ*. A l'époque classique, le juge de cette action est investi d'un pouvoir particulier (p. 550).

D'après un rescrit de Dioclétien, le partage extrajudiciaire peut être rescindé pour cause de fraude, dol ou lésion (7).

Le partage n'a d'utilité que pour les choses corporelles (8); encore doit-on excepter les biens acquis d'une façon illicite (9).

Il n'y a pas lieu à partage pour les créances et les dettes qui se divisent de plein droit entre les héritiers. Mais rien n'empêche que, pour une raison de commodité, on ne comprenne dans le partage les créances et les dettes pour les répartir entre les cohéritiers sans les fractionner. Cet arrangement ne porte aucune atteinte au droit des créanciers de la succession qui conservent la faculté de poursuivre chacun des cohéritiers pour sa part. Il ne modifie pas davantage la situation des codébiteurs, à qui chacun des cohéritiers ne pourra demander que sa part de créance (10).

(1) *Inst.*, III, 11; *C.*, VII, 2, 15.

(2) GAIUS, *D.*, X, 2, 1. P. DIAC., v° *Desercliones*. Cf. C. civ., 815, 823.

(3) On en trouve des exemples jusqu'à la fin de la République : VAL. MAX., IV, 4, 8, cite la famille des Ælii qui comprenait 16 citoyens habitant une petite maison. Cf. VARR., *R. r.*, III, 66, 2.

(4) GELL., I, 9, 12; P. DIAC., v° *Dissortes*. PAUL., *D.*, XXVII, 1, 31, 4.

(5) *Inercta familia* : P. DIAC., v° *Inercta*.

(6) *Herctum ciere* : CIC., *De Or.*, I, 56; QUINTIL., VI, 3, 13. CIC., *p. Cæc.*, 7.

(7) *C.*, III, 38, 3. Cf. C. civ. 887-892. Il en était de même en Chaldée, 2000 ans avant notre ère. Ed. CUQ, *Essai sur l'organisation judiciaire en Chaldée*, p. 36.

(8) Il convient de rappeler qu'à Rome le partage est translatif et non déclaratif comme en droit français (C. civ. 883). Par suite, les droits réels consentis avant partage par l'un des cohéritiers, sont après partage opposables à celui des cohéritiers qui a l'objet dans son lot (p. 279, 4).

(9) ULP., *D.*, X, 2, 4, 1 et 2. Les poisons, les substances nuisibles, les livres dont la lecture est interdite (livres magiques et autres semblables) doivent être détruits.

(10) GAIUS, *eod.*, 3; SCÆV., *D.*, XX, 5, 14.

Sont également en dehors du partage les servitudes prédiales et les tombeaux de famille (1), les tablettes du testament et les titres de la succession (2).

II. *Collatio bonorum.*

La masse à partager comprend parfois des biens qui n'appartenaient pas au *de cujus :* c'est ce qui a lieu en cas de *collatio bonorum*. La *collatio* est une institution d'origine prétorienne. créée pour compléter le système de succession ab intestat établi par l'Édit. A la suite de modifications successives, elle est devenue le *rapport* du droit moderne. (C. civ. 829.)

Dans son application primitive, la *collatio* concerne uniquement les enfants émancipés. Elle les oblige à partager leurs biens personnels avec leurs frères restés en puissance, de même que ceux-ci partagent avec eux les biens paternels (3). Elle fut introduite comme une conséquence de la vocation à la succession paternelle qui leur fut accordée concurremment avec les *sui*.

Deux raisons déterminèrent le Préteur : il voulut d'abord assurer aux héritiers siens une compensation pour l'atteinte portée à leur droit. Jusqu'alors ils avaient, de par la loi, un droit exclusif à l'hérédité paternelle : ils ne pouvaient en être dépouillés même partiellement sans injustice (4). Le Préteur s'inspira ensuite d'une raison d'équité : tandis que les acquisitions réalisées par les enfants émancipés leur demeurent propres, celles qui ont été faites par leurs frères restés en puissance ont grossi le patrimoine paternel. Il n'aurait pas été équitable de donner aux émancipés un droit sur ce patrimoine sans accorder en retour à leurs frères restés en puissance un droit sur les biens acquis par les émancipés. Le Préteur oblige les émancipés à faire l'apport de leurs biens *(conferre bona)* (5) pour les partager avec leurs frères demeurés en puissance.

Tel est le point de départ de cette institution qui existait au début de l'Empire (6). On a étendu l'obligation de l'apport à la fille de famille qui avait reçu une dot lors de son mariage et qui demandait à prendre part à la succession paternelle. A côté de la *collatio emancipati,* il y eut la *collatio dotis*. Au Bas-Empire, on vit apparaître une théorie nouvelle, d'après laquelle quiconque vient à la succession d'un ascendant est tenu de rapporter les biens qu'il a reçus du défunt.

§ 1er. *Collatio emancipati.* — Cette *collatio* ne tend pas, comme le rapport du droit moderne, à maintenir l'égalité entre les copartageants :

(1) Lab., Pomp., *D.*, X, 3, 19, 4; Mod., *D.*, X, 2, 30; Alex., *C.*, III, 44, 4.
(2) Gaius, *D.*, X, 2, 5; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 4, 3.
(3) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXVII, 6], 1 pr.
(4) Scæv., *eod.*, 10; Ulp., *D.*, XXXVII, 8, 1, 13.
(5) On trouve parfois les expressions *in commune* ou *in medium conferre* (Ulp., *h. t.*, 1, 16; Jul., *eod.*, 3, 2; *D.*, XXIX, 2, 45, 2). Il ne faudrait pas en conclure que la *collatio* est due à la masse; elle n'est due qu'aux frères restés en puissance. L'émancipé ne peut donc profiter de l'apport fait par un autre émancipé; aussi peut-il arriver que sa part de succession soit inférieure à son apport. Dans ce cas, il vaut mieux qu'il ne demande pas la *B. P.* (Cass. ap. Paul, *h. t.*, 2, 5).
(6) Elle est mentionnée par C. Cassius Longinus, consul sous Tibère (*ibid.*).

elle a pour but d'empêcher que la présence de l'émancipé ne cause un préjudice à l'enfant resté en puissance. Par suite, il n'y a lieu à *collatio* que s'il y a un préjudice *(injuria, incommodum)* et dans la mesure de ce préjudice (1).

La *collatio* n'a pas d'application dans les successions testamentaires : elle ne peut être invoquée que par les *sui* qui sont appelés par le Préteur à la succession *contra tabulas* ou *unde liberi* (2). Dans ces deux cas seulement, le concours des enfants émancipés leur cause un préjudice. Pour avoir droit à la *collatio,* il ne suffit pas que le *suus* puisse demander l'une de ces *B. P.,* il faut qu'il l'ait obtenue ; s'il meurt avant, ses héritiers ne pourront l'exiger (3).

La *collatio* a pour objet le patrimoine de l'émancipé, c'est-à-dire tous les biens acquis par lui depuis qu'il est devenu *sui juris* et qu'il possède encore au décès de son père, déduction faite des dettes. L'obligation de *conferre bona* s'apprécie *boni viri arbitratu :* elle ne comprend pas les biens qui ont péri par cas fortuit depuis la mort du *de cujus.* Sont également exceptés : la dot que l'émancipé a reçue de sa femme, les biens qu'il a reçus *dignitatis nomine,* parce qu'ils sont affectés aux charges qu'entraîne cette dignité, l'action d'injures (4).

D'après l'Édit, la *collatio* s'effectue *cautione* : l'émancipé promet de faire participer les ayants droit aux biens, objet de la *collatio;* cet engagement doit être accompagné d'une *satisdatio.* On peut d'ailleurs, à la place d'une sûreté personnelle, fournir une sûreté réelle (5). L'émanmancipé peut, s'il le préfère, effectuer la *collatio* en nature *(re),* ou en moins prenant (6), ou en fournissant une valeur équivalente S'il refuse de se soumettre à la *collatio,* il ne peut y être contraint directement ; mais il ne pourra réclamer sa part de la succession paternelle s'il ne fournit pas de *cautio* dans le délai d'un an au plus. S'il ne peut trouver de répondant *(propter inopiam)*, on nomme un curateur pour administrer sa part jusqu'à ce qu'il donne satisfaction à ses cohéritiers (7).

La jurisprudence a étendu la *collatio :* à tous les descendants qui, sans avoir été émancipés par le défunt, sont *sui juris* à sa mort tels que les enfants de l'émancipé (8) ; aux enfants du défunt, donnés par lui en adoption et qui sont encore sous la puissance de l'adoptant. Ces enfants n'ont pas, il est vrai, de biens personnels, mais l'adoptant en a,

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 5. C'est ainsi que la *collatio* n'est pas due aux *sui* qui ne sont pas du même père (*ibid.*, 1, 3; Jul., 3, 6); à ceux qui ont été exhérédés parce qu'ils ne profitent de la succession paternelle que grâce à la *B. P. contra tabulas* demandée par l'émancipé (Tryph., *D.*, XXXVII, 4, 20, 1); à ceux qui ont été institués avec un tiers, lorsque, grâce à la présence de l'émancipé omis dans le testament paternel, ils obtiennent par la *B. P. c. t.* plus qu'ils n'auraient eu comme institués (Ulp., *h. t.*, 1, 4); dans le cas contraire, ils n'ont droit à la *collatio* que pour la différence (*ibid.*, 1, 3).

(2) Alex., *C.*, VI, 20, 1; Diocl., *eod.*, 9

(3) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 1, 8.

(4) Paul, *h. t.*, 2, 1-2; Ulp., *h. t.*, 1, 16 1, 20; Jul., 3, 4; Paul, *eod.*, 2, 4 *Magis enim vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem*

(5) Pomp., ap Ulp., *h. t.*, 1, 9.

(6) *Ibid.*, 1, 11; Ulp., *eod.*, 1, 12 Cf. C. civ. 858. Au Bas-Empire, on ne trouve plus trace du rapport *cautione*

(7) Jul., *h. t.*, 3 pr; Ulp., 1, 10 et 13; Paul., 2, 8; 2, 9; Pap., 8.

(8) Paul, *h. t.*, 2 pr.

et comme il doit profiter de la *B. P.*, c'est à lui que la *collatio* est imposée. Si, pour se dispenser de cette charge, il émancipe frauduleusement son fils adoptif, il reste quand même obligé à la *collatio* (1).

§ 2. *Collatio dotis.* — La fille de famille, qui a reçu une dot, est dans une situation analogue à celle de l'émancipé. Sa dot est pour elle une sorte de patrimoine, souvent un avancement d'hoirie. Pourtant le droit civil ne la force pas à la partager avec ses frères ou sœurs, lorsqu'elle vient à la succession paternelle. C'est que pendant longtemps la dot resta définitivement au mari, et que la femme mariée *cum manu* perdait tout droit à la succession de son père. Lorsque le mariage *sine manu* devint la règle générale et que le mari fut tenu de restituer la dot à la dissolution du mariage, le Préteur obligea la femme veuve ou divorcée qui réclamait ab intestat la succession paternelle par la *B. P. c. t.* ou *unde liberi*, à rapporter la dot à ses frères et sœurs restés en puissance (2). Cette obligation incombe à la fille en général, et non pas seulement à la fille émancipée; elle s'applique à la dot adventice comme à la dot profectice.

La *collatio dotis* est étrangère aux successions testamentaires. Elle est due seulement aux cohéritiers à qui la fille fait tort et dans la mesure du tort causé (3).

La *collatio dotis*, à la différence de la *collatio emancipati*, a pour objet non pas un patrimoine, mais des biens individuellement déterminés (4). On n'admet d'autre déduction que celle des impenses nécessaires (5). A part ces différences, la *collatio dotis* est soumise aux mêmes règles que la *collatio bonorum;* elle a lieu en principe *cautione*. Durant le mariage, la *collatio* se fait ordinairement en moins prenant; la femme ne peut exiger la restitution anticipée de la dot (6). Après la dissolution du mariage, si le mari est insolvable, la femme ne rapporte que ce qu'elle peut obtenir car le mari jouit du bénéfice de la compétence (7).

Antonin le Pieux a étendu l'obligation de rapporter la dot à la fille qui, sans demander la *B. P.*, vient à la succession en vertu du droit civil (8). Dès lors, on peut dire que le but de la *collatio dotis* est d'empêcher que la fille n'ait les avantages de l'hérédité, tout en conservant la dot qui lui a été constituée. En 239, Gordien donna à la *collatio dotis* une direction nouvelle : il décida que les frères ou sœurs émancipés venant à la succession paternelle auraient droit uniquement au rapport de la dot profectice (9). Alors apparaît l'idée que toute donation faite par un ascendant à son descendant doit être rapportée aux autres descendants venant en même temps à la succession paternelle.

(1) Ulp., *h. t.*, 1, 14; 5 pr.
(2) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXVII, 7], 1 pr.
(3) Ulp., *h. t.*, 3; 1; 1, 2; Pap., 5 pr.
(4) La fille peut être obligée par une clause du testament paternel à rapporter ce qu'elle a reçu de son père en sus de la dot, lors de son mariage. Pap., *h. t.*, 8. Mais elle conserve le bénéfice d'abstention.
(5) Ulp., *h. t.*, 1, 5.
(6) Gord., *C.*, VI, 20, 5.
(7) Ulp., *h. t.*, 1, 6.
(8) Ulp., *h. t.*, 1 pr. : *Eam... ad collationem dotis per arbitrum familiæ erciscundæ posse compelli.*
(9) *C.*, VI, 20, 4.

§ 3. **La *collatio* au Bas-Empire.** — Au Bas-Empire, l'obligation au rapport de la dot profectice, imposée à la fille venant à la succession paternelle, a reçu une large extension. Depuis 472, elle incombe à tout descendant succédant à un ascendant paternel ou maternel soit ab intestat, soit par la *b. p. c. t.* ou grâce à la plainte d'inofficiosité ; elle s'applique à la donation *ante nuptias* comme à la dot. Cette innovation eut pour but de maintenir l'égalité entre les enfants : la dot ou la donation *ante nuptias* est un avancement d'hoirie et non un préciput.

La même raison fit étendre aux émancipés l'obligation de rapporter tout ce qu'ils ont reçu de leurs parents lors de l'émancipation ou dans la suite (1). Le caractère de la *collatio emancipati* fut dès lors modifié et se rapprocha de celui de la *collatio dotis*. La raison qui avait fait établir la *collatio* de l'émancipé avait perdu sa valeur depuis que les enfants restés en puissance étaient devenus capables d'acquérir : l'inégalité, qu'on avait voulu faire cesser, n'existait pour ainsi dire plus (2). On appliqua dès lors à la *collatio emancipati* le principe de la *collatio dotis*, jusqu'au moment où la *collatio* de l'émancipé disparut avec la *b. p. unde liberi* et la *b. p. contra tabulas* (3).

Sous Justinien, le rapport est dû pour les biens qui s'imputent sur la légitime : la dot, la donation *ante nuptias* et la donation pour acheter une charge. Elle est exclue pour les biens adventices, comme elle l'était déjà pour le pécule *castrense* ou *quasi castrense* (4). Mais par une singulière innovation, l'obligation au rapport fut étendue aux successions testamentaires, à moins d'une clause contraire du testament (5). C'était oublier que la *collatio* repose sur la volonté présumée du défunt et que le père en disposant par testament au profit de son fils, a voulu l'avantager.

CHAPITRE VI

Sanction du droit héréditaire.

Le droit héréditaire est sanctionné d'une manière différente, suivant qu'il résulte du droit civil ou du droit prétorien. Le droit civil accorde

(1) Leo, *C.*, VI, 20, 17. L'extension n'a pas été faite pour les ascendants ni pour les collatéraux : elle est strictement limitée aux descendants. Le Code civil (a. [illegible]) impose le rapport à tout héritier. Cette extension a été justement critiquée : le rapport est fondé sur l'intention présumée du défunt ; or, à mesure que le lien de parenté est moins étroit, la présomption risque d'être en défaut.

(2) Sauf pour les donations qui ne pouvaient valablement être faites par le père à son fils en puissance. Quelques auteurs font une seconde exception pour les revenus des biens de l'émancipé, revenus dont le père aurait eu l'usufruit si l'enfant était resté en puissance. Mais cette exception, qu'on appuie sur *Basilic.*, XLI, 7, 36, est fort douteuse pour l'époque de Justinien : le fils en puissance peut, en effet, profiter des fruits des biens adventices avec l'autorisation de son père (*C.*, VI, 61, 6, 2). Le texte cité indique une innovation du droit récent (*hodie*).

(3) La première *b. p.* n'a pas survécu à *Nov.* 118 ; pour la seconde, p. 710, [illegible].

(4) *C.*, VI, 20, 20 ; 21. Toute autre donation (*simplex donatio*) n'est pas rapportable (*ibid.*, 20, 3). Le Code civil a soumis au rapport toutes les libéralités entre vifs et même les legs ; mais la loi du 24 mars 1898 traite les legs comme des libéralités préciputaires, sauf clause contraire. (Cl. civ., 843, 2e al.)

(5) *Nov.*, 18, c. 6, de l'an 536.

à l'héritier la pétition d'hérédité et l'action en partage; le droit prétorien promet au *bonorum possessor* soit les interdits *quorum bonorum* et *quod legatorum*, soit des actions fictices et même une *hereditatis petitio possessoria*.

I. Droit civil.

§ 1er. **Pétition d'hérédité.** — Le droit à l'hérédité fut dès la fin de la République sanctionné par une action réelle analogue à la revendication (1). C'est à elle qu'on avait recours pour prévenir une *usucapio pro herede;* elle implique en effet une *controversia de hereditate* (2).

Le tribunal, compétent à la fin de la République et sous l'Empire, est celui des centumvirs (3). Au temps de Cicéron, on avait le choix entre deux procédures : *per sacramentum* ou *per sponsionem.* Lorsque l'usage de la procédure formulaire se fut généralisé, on employa la formule pétitoire de préférence à la procédure *per sponsionem.*

La pétition d'hérédité diffère de la revendication par l'étendue du droit du demandeur : c'est une action universelle, tandis que la revendication est une action spéciale (4). Elle tend à faire reconnaître un droit à une *universitas juris* et non à un objet particulier. Peu importe, d'ailleurs, que le défendeur ne possède qu'un objet héréditaire, si minime qu'il soit, ou que le demandeur ne soit héritier que pour partie (5); mais dans ce dernier cas la formule est modifiée (6).

1. A QUI ET CONTRE QUI EST DONNÉE LA *P. H.* — Anciennement, pour avoir droit à la pétition d'hérédité, il fallait être héritier testamentaire ou légitime. Sous l'Empire, on accorde cette action à l'héritier qui recueille la succession en vertu des lois caducaires, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale; au fidéicommissaire qui a obtenu la restitution en vertu du Trébellien *(fideicommissaria h. p.)*, et, par analogie, à l'acheteur d'hérédité qui a traité avec le fisc (7).

En principe, la *P. H.* peut être exercée contre quiconque conteste le droit du demandeur à l'hérédité; elle suppose un conflit entre deux prétendants à l'hérédité. Tout d'abord, la *P. H.* se donne contre

(1) Paul (*D.*, VI, 1, 27, 3) l'atteste. Cependant *Inst.*, IV, 6, 28, range la *P. H.* parmi les actions de bonne foi : or la distinction des actions de droit strict et de bonne foi s'applique uniquement aux actions civiles personnelles. La contradiction n'est qu'apparente; la *P. H.* présente une particularité (Ulp., *h. t.*, [*D.*, V, 3], 25, 18) : *etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Le défendeur fait valoir les prestations mises à la charge du demandeur au moyen d'une exception de dol; certains jurisconsultes soutenaient qu'il était inutile de faire insérer cette exception dans la formule, parce que le juge de la *P. H.* a des pouvoirs aussi étendus que le juge de l'action de bonne foi (Scæv., *h. t.*, 58; Paul, 38; cf. Jav., 44). Gaius (*eod.*, 39, 1) et Papinien (50, 1) étaient d'un avis différent. Ce n'est pas la seule ressemblance qui existe entre la *P. H.* et l'action de bonne foi : il y en a une autre quant à la compensation (Ulp., *h. t.*, 31, 2). Cf. Francke, *de hereditatis petitione*, 1864, p. 233.

(2) Cic., *in Verr.*, II, 1, 45; Val. Max., II, 7, 2; Gaius, IV, 17.

(3) Cic., *De orat.*, I, 38, 39, 56, 57; *Brut.*, 39; *in Rull.*, II, 16; *p. Cæc.*, 18, 24; cf. Just., *C.*, III, 31, 12 pr.

(4) Ulp., *D.*, VI, 1, 1 pr., 1.

(5) Ulp., *D.*, V, 4, 1, 1; *h. t.*, 9; Gaius, *h. t.*, 10. Julien (*h. t.*, 7) fait observer que la *P. H. partiaria* tend à la restitution, et non au partage.

(6) Gaius, *h. t.*, 10. 1; IV, 54. Cf. Lenel, I, 20.

(7) Gaius, *h. t.*, 1 et 3; Ulp., *D.*, V, 6, 1 et 3; Paul, *eod.*, 2. Jul., *h. t.*, 54 pr.

celui qui retient un bien héréditaire, ou refuse de payer une dette, en se disant héritier. C'est un possesseur *pro herede* (1) qui peut être un *possessor rei* ou un *juris possessor* (2). Dans le premier cas, il ne servirait de rien à l'héritier de recourir à la revendication ; il n'éviterait pas pour cela le débat sur le droit à l'hérédité, car le défendeur lui opposerait la *præscriptio : Ea res agatur si in ea re præjudicium hereditati non fiat*. Dans le second cas, la *P. H.* n'est possible que si le défendeur conteste le droit de l'héritier sur les choses incorporelles dépendant de la succession (créances, dettes ou droits réels) (3). Si un débiteur héréditaire refuse de payer pour tout autre motif, parce qu'il nie la dette ou se prétend libéré, l'héritier doit intenter l'action contractuelle ou délictuelle appartenant au défunt et non la *P. H.* (4).

La *P. H.* se donne ensuite contre celui qui retient un bien héréditaire sans produire un titre pour justifier sa possession : c'est le possesseur *pro possessore*. Sa mauvaise foi est manifeste ; il est traité comme un contumax ou un *prædo* (5). Celui qui pourrait invoquer un titre d'acquisition, alors même qu'il serait de mauvaise foi, serait exposé, non pas à la *P. H.*, mais à la revendication (6). On assimile à un possesseur sans titre celui qui ne peut invoquer qu'un titre nul, par exemple le conjoint donataire, celui qui a traité avec un fou (7).

2. Objet de la *P. H.* — La *P. H.* eut d'abord pour objet exclusif la poursuite des droits appartenant à l'hérédité ; on ne tarda pas à en élargir la portée. Il ne suffisait pas de faire reconnaître le droit de l'héritier : le résultat de la poursuite eût été souvent illusoire si l'on n'eût réglé le sort des actes accomplis par le possesseur avant le procès. Il parut inique de considérer celui qui avait profité de la jacence de l'hérédité pour s'emparer des biens du défunt comme ayant pleine liberté d'en disposer. On le traita, dans une certaine mesure, comme un gérant d'affaires, bien qu'il n'ait pas eu la volonté d'agir pour le compte de l'hérédité (8).

(1) D'après Gaius (IV, 144), possède *pro herede* celui qui croit être héritier. Mais Proculus considère comme tel celui qui sait n'être pas héritier (Ulp., *h. t.*, 11 pr.).

(2) Ulp., *h. t.*, 13, 15. Lenel (I, 202) conjecture que la notion du *juris possessor*, si peu conforme à la notion de la possession, fut introduite pour concilier les exigences de la pratique avec la rédaction de la formule de la *P. H.* Cette formule contenait, suivant lui, la clause *quod N*s *N*s *ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet* (arg. Ulp., *h. t.*, 13, 12). Contra : Karlowa, II, 912, 2.

(3) Ulp., *h. t.*, 16, 1. Cf. Jul., ap. Ulp., *eod.*, 16, 4.

(4) Paul., *h. t.*, 14 ; Ulp., *eod.*, 42.

(5) Ulp., *h. t.*, 11, 1 ; 12 et 13 pr. ; *D.*, XI, 1, 11, 4. Régulièrement on devrait intenter contre lui la revendication. Mais cette action imposerait à l'héritier la preuve de son droit de propriété ; sa situation serait moins bonne que celle du *de cujus* qui aurait pu exercer les interdits possessoires et n'aurait eu à prouver que le fait de la possession. En autorisant l'héritier à user de la *P. H.*, on améliore sa situation ; il n'a qu'à prouver son titre d'héritier.

(6) L'opinion contraire de Julien (Afr., *D.*, XLI, 2, 40, 2) qui considère celui qui achète sciemment la chose d'autrui comme un possesseur clandestin, c'est-à-dire comme un possesseur sans titre, est écartée par Ulpien (*h. t.*, 13, 8) et Paul (*D.*, XLI, 4, 2, 1).

(7) Ulp., *h. t.*, 13, 1.

(8) Cette idée était admise au temps d'Auguste : Labéon déclare que le possesseur qui a vendu l'hérédité est responsable du prix qu'il n'a pas touché par sa faute (p. 740, 1) ; *a fortiori*, devait-il être responsable du prix qu'il avait touché (Jav., *h. t.*, 48 : *Si ea negotiationis causa vendit*). Octavenus apporte un tem-

Les actes accomplis par le possesseur de l'hérédité s'apprécient, comme ceux d'un gérant d'affaires, d'après l'utilité qu'ils présentent pour le *dominus*, qui est ici l'héritier (1). Si le possesseur a acheté un esclave dans l'intérêt de l'hérédité avec les deniers de la succession, il rendra l'esclave; s'il l'a acheté dans son intérêt, on lui demandera compte du prix. S'il a mal administré, par exemple en conservant un esclave inutile, on le lui imputera à faute (2). La responsabilité du possesseur cesse ou tout au moins est atténuée, si l'objet qu'il a vendu a péri par cas fortuit; ici l'hérédité n'a plus intérêt à critiquer l'acte accompli. Mais, comme il serait inique de laisser le possesseur s'enrichir aux dépens de l'hérédité, on l'oblige à tenir compte du prix qu'il a touché. Sur un point cependant, le possesseur est traité autrement que le gérant d'affaires : s'il a exigé le payement de l'indû, il n'est pas tenu de restituer ce qu'il a reçu (3).

Ce n'est pas seulement la possession des biens héréditaires qui motive la *P. H.* On peut aussi réclamer par cette action les objets que le défunt avait reçus à titre de gage, commodat ou dépôt, parce qu'ils sont aux risques de l'héritier. C'est une décision analogue à celle qui est admise en cas de vol : le créancier gagiste, le commodataire, responsables de la garde de la chose, ont l'action *furti* à l'exclusion du débiteur ou du commodant (4).

La *P. H.* est également donnée pour obtenir la restitution des choses sur lesquelles le défunt avait un droit de rétention (5) et des sommes payées par les débiteurs héréditaires (6).

Tel était l'état du droit dans les premières années du règne d'Hadrien. On a pu le reconstituer grâce à quelques textes antérieurs au Sc. Juventien (empruntés pour la plupart à Julien), et conservés sans modifications notables par les compilateurs (7). Longtemps on a cru que le Sc. s'était borné à consacrer des règles en partie admises par la doctrine et par la pratique. On sait aujourd'hui qu'il en a édicté de nouvelles.

§ 2. **Innovations introduites par le sénatusconsulte Juventien.** — Tandis que le droit antérieur ne faisait aucune différence entre les pos-

pérament à cette doctrine : en cas d'insolvabilité de l'acheteur de l'hérédité, le vendeur n'est tenu que de céder ses actions à l'héritier (Ulp., *h. t.*, 18 pr.). Octavenus et Labéon sont d'accord pour donner ici la *P. H.* contre un non-possesseur. Julien (*h. t.*, 16, 4) admet également la *P. H.* contre celui qui possédant *pro herede* a été expulsé par violence; il doit céder son droit à l'interdit *unde vi*.

(1) Ulp., *D.*, III, 5, 12, 2. Comme le gérant d'affaires, le possesseur doit se conformer à l'usage du défunt (Jul., *h. t.*, 54, 2).

(2) Jul., *h. t.*, 20, 1; ap. Ulp., *h. t.*, 33, 1.

(3) Jul., *h. t.*, 20, 18; Paul, *D.*, III, 5, 23.

(4) Gaius, III, 204, 206; Paul, *h. t.*, 19. Bien que ce texte soit du IIIe siècle, il exprime une règle admise dès le Ier siècle. Labéon (*D.*, XLVII, 2, 91 pr.). Sabinus (54, 1). Julien et Celsus (ap. Ulp., *h. t.*, 14, 10) accordent au détenteur tenu de la *custodia* l'action *furti* contre le voleur. Le dépositaire, il est vrai, ne l'a pas, parce qu'il ne répond pas de la garde de la chose (Gaius, III, 207), mais Paul songe sans doute au cas exceptionnel où le dépositaire est tenu de la *custodia*.

(5) Jul., *D.*, XLVII, 2, 59; Paul., *h. t.*, 19, 2.

(6) Ulp., *h. t.*, 31, 5; cf. 25, 17 *in f.* Quant à la restitution des fruits, on ne peut, dans l'état actuel des sources, dire à partir de quelle époque on a pu l'exiger au moyen de la *P. H.*

(7) Lammfromm, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, 1887.

sesseurs d'hérédité et les déclarait tous également responsables, le Juventien (1) établit une distinction fondamentale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le point de départ de la réforme se trouve dans le Sc. d'Hadrien décidant que l'usucapion *pro herede* ne serait plus opposable à l'héritier (p. 737). Le Sc. Juventien considéra l'usurpation d'une hérédité comme un délit lorsqu'elle avait lieu en connaissance de cause. Ce délit engendre une obligation de restituer qui subsiste alors même que le délinquant aurait cessé par dol de posséder (2). Les règles anciennes sur la *P. H.* furent, par suite, modifiées, soit quant aux personnes contre lesquelles se donne cette action, soit quant à son objet.

1. Contre qui est donnée la *P. H.* — Depuis le Sc. Juventien, la *P. H.* se donne non seulement contre le possesseur *pro herede* ou *pro possessore*, mais aussi contre celui qui a cessé par dol de posséder. L'action réelle fait ici fonction d'action pénale; on en justifie l'emploi en traitant celui qui a perdu la possession comme un possesseur fictif. Mais l'action réelle n'en conserve pas moins le caractère de l'action pénale qu'elle remplace : elle ne se donne contre les héritiers de l'auteur du dol que dans la mesure de leur enrichissement. Si la possession a plusieurs fois changé de mains par dol, la *P. H.* peut être intentée contre tous les possesseurs successifs (3). Les compilateurs traitent également comme un possesseur fictif celui qui s'est offert au procès (4).

La *P. H.* ne peut être exercée contre celui qui déclare posséder pour le compte d'autrui (5), ni contre celui qui prétend avoir acquis à titre particulier un bien héréditaire (6). Dans les cas de ce genre, pour éviter une poursuite inutile qui aboutirait à l'absolution du défendeur, l'héritier doit recourir à une *interrogatio in jure*. L'Édit *de interrogationibus* l'autorise à citer son adversaire devant le magistrat. Le défendeur est invité à déclarer s'il est héritier et pour quelle part (7); il est lié par sa réponse; s'il refuse de répondre, on le traite comme un *contumax* : il est tenu des dettes pour le tout (8). Même décision

(1) Le Sc. Juventien fut voté le 14 mars 129, P. Juventius Celsus étant consul, sur la proposition d'Hadrien. Le texte en a été conservé dans Ulpien (*D.*, V, 3, 20, 6). Ce Sc. fut rendu à l'occasion d'une *caducorum vindicatio* exercée par le fisc contre des personnes qui se croyaient héritières et qui, en cette qualité, avaient vendu l'hérédité. Des controverses s'étaient élevées sur le point de savoir si et dans quelle mesure le possesseur de bonne foi était tenu de restituer le prix de vente. Cette question n'avait pas une portée restreinte à la *caducorum vindicatio* exercée par le fisc : Marc-Aurèle a appliqué le Sc. à la *P. H.* en général (p. 21, 5).

(2) Ulp., *h. t.*, 25, 2.

(3) Ulp., *h. t.*, 25, 8 : *Si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.*

(4) Jusque-là l'héritier ne pouvait agir contre le faux possesseur qu'en vertu de la caution *judicatum solvi* exigée de tout défendeur à une action réelle. La clause de dol comprise dans cette caution lui donnait le droit d'agir *ex stipulatu*. S'il avait omis de s'en prévaloir et que le défendeur eût obtenu son absolution, l'héritier avait la ressource de l'action de dol (p. 2??, 7).

(5) Ulp., *h. t.*, 13, 12. Mais on peut défendre au nom d'autrui : l'essentiel, c'est que le nom du défendeur figure dans la formule.

(6) Diocl., *C.*, VII, 34, 4.

(7) P. 873. Ulp., *D.*, XI, 1, 9, 1; Callistr., *eod.*, 1 pr.; Gaius, *eod.*, 5 pr.

(8) Ulp., *eod.*, 11, § 3, 4 et 7. Le défendeur, qui accepte le débat, doit fournir la satisdation *judicatum solvi*, sinon le demandeur se fera transférer la possession par l'interdit *quam hereditatem* (Vat. fr. 92). Cf. p. 298.

s'il nie faussement sa qualité d'héritier ou s'il déclare être héritier pour une part inférieure à sa part réelle. Dans tous les cas, il est tenu d'une action prétorienne appelée *interrogatoria*, parce qu'elle a pour fondement l'interrogation adressée *in jure*.

Bien qu'en règle générale la *P. H.* ne se donne pas contre ceux qui possèdent des biens héréditaires à titre particulier, on a fait exception pour trois classes de personnes : l'acheteur d'une hérédité; le mari qui a reçu de sa femme une hérédité à titre de dot; le fidéicommissaire universel (1). La *P. H.* est ici donnée comme action *utile*.

2. Prestations imposées au défendeur. — Le Sc. Juventien impose au défendeur condamné certaines prestations personnelles (p. 756, 1). Au lieu de le traiter comme une sorte de gérant d'affaires, il met à sa charge une obligation de restituer dont l'objet varie, suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi et suivant que le procès est ou non engagé.

a) Pour le *possesseur de mauvaise foi*, l'obligation porte sur la chose qui a été appréhendée : s'il l'a vendue, il ne peut offrir le prix qu'il a touché, quand même la vente a été faite dans l'intérêt de l'hérédité. Mais, depuis S. Sévère, l'héritier peut à son choix exiger la valeur de la chose et des fruits ou le prix perçu avec les intérêts (2).

L'obligation de restituer s'applique aux créances héréditaires aussi bien qu'aux choses corporelles. Elle rend le possesseur de mauvaise foi responsable du dol et de la faute. Sous ce dernier rapport, il n'y eut rien de changé au droit antérieur (3); le possesseur de mauvaise foi est tenu de la perte et de la détérioration des biens héréditaires (4), des fruits qu'il a perçus et de ceux qu'il a négligé de percevoir (5). Il peut, d'ailleurs, comme dans le droit antérieur (6), se faire tenir compte des impenses nécessaires et même des impenses utiles qu'il a faites pour les biens héréditaires, mais seulement si elles ont profité à l'héritier : les impenses faites pour une chose qui a péri restent à la charge du possesseur de mauvaise foi (7). Quant aux impenses voluptuaires, on lui laisse la faculté d'enlever tout ce qui est susceptible d'être repris sans détériorer la chose (8). En somme, le possesseur de mauvaise foi est traité aussi rigoureusement qu'avant le Sc. Juventien, sans avoir, comme autrefois, la chance d'usucaper *pro herede*.

b) Le *possesseur de bonne foi*, au contraire, est mieux traité qu'autrefois. Certes, il ne peut pas non plus invoquer l'usucapion *pro herede*, mais il parut inique de lui appliquer les règles anciennes alors qu'il

(1) Cass,, ap. Ulp., *h. t.*, 13, 4 : *Ne singulis judiciis vexaretur.* Marcel., 13, 10; Sev., *C.*, III, 28, 1.
(2) Ulp., *h. t.*, 20, 21 ; 20, 12; Paul, 36, 3; 22.
(3) Ulp., *h. t.*, 25, 2; cf. 18 pr.; 31, 3.
(4) Ulp., *h. t.*, 20, 21. Cf. Gaius, *h. t.*, 21.
(5) Ulp., *h. t.*, 25, 4. Pour les premiers, peu importe qu'ils aient été perçus d'une manière conforme ou contraire à la morale (Ulp., 27, 1) : il ne faut pas que celui qui s'est livré à une exploitation honteuse soit mieux traité que celui qui aurait exploité honnêtement (Hermog., *h. t.*, 52). Pour les seconds, on ne comprend dans l'estimation que ceux qui auraient pu être perçus honnêtement (Paul, *D.*, VI, 1, 33).
(6) Sab., ap. Paul, *h. t.*, 36, 5.
(7) Gaius, *h. t.*, 39 pr.; Paul, *eod.*, 38.
(8) Gaius, *h. t.*, 39, 1. Cf. sur le *jus tollendi*, p. 303, 6.

n'avait plus l'espoir d'acquérir la propriété. Le Sénat lui accorda une compensation : il le libéra de tout dommage, même de celui qu'il aurait subi sur son propre patrimoine en achetant avec son argent des objets utiles à l'hérédité. Par suite, sa responsabilité fut limitée à son enrichissement. Cet enrichissement s'apprécie au jour du jugement. On ne peut demander compte au possesseur de bonne foi ni des biens héréditaires qu'il a perdus ou dissipés, ni des fruits qu'il a consommés ou qu'il a négligé de percevoir. S'il a vendu un bien héréditaire et qu'il en ait perdu, dissipé ou donné le prix, il ne doit rien parce qu'il ne s'est pas enrichi (1). Il ne peut même pas être indirectement forcé à le rendre : aussi l'héritier ne peut-il revendiquer l'objet vendu entre les mains de l'acheteur, lorsque celui-ci a un recours en garantie contre son vendeur (2).

c) La distinction qui précède entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi ne s'applique qu'à la période antérieure au procès. A partir de la *litis contestatio* (3), tout possesseur est considéré comme étant de mauvaise foi. Toutefois cette règle n'est pas absolue : elle comporte des distinctions analogues à celles qui ont été indiquées pour la revendication (4).

II. Droit prétorien.

§ 1er. Interdit *quorum bonorum*. — La prise de possession des biens héréditaires peut donner lieu à des conflits entre l'héritier et les tiers qui s'en sont emparés. Ces conflits sont surtout à redouter lorsque le testateur a institué une personne étrangère à sa famille : il faut vaincre la résistance des agnats qui ne veulent pas se dessaisir des biens du défunt. La voie ordinaire de procédure, l'action de la loi par

(1) Ulp., *h. t.*, 25, 11 ; 20 pr. ; 23 pr. ; Paul, 28 ; 36, 4 ; 40, 1. Cf. p. 539.

(2) Ulp., *h. t.*, 25, 17 : *Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.* Mommsen pense, en raison de la tournure singulière de la phrase, que la partie finale a été interpolée (Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, 79.) La garantie formant le droit commun en matière de vente au temps d'Ulpien, ce jurisconsulte n'a pu affirmer que la revendication est admise en principe si, dans sa pensée, elle est subordonnée au défaut de recours en garantie ; le principe ne s'appliquerait que dans des cas exceptionnels. Cette objection ne paraît pas suffisante pour admettre l'interpolation. Il est certain, d'après la fin du texte, que l'héritier ne peut revendiquer efficacement contre l'acheteur, si le possesseur lui a remboursé le prix payé, alors même que ce prix serait bien inférieur à la valeur réelle de la chose : l'acheteur est autorisé à repousser sa demande par une exception en se fondant sur la situation faite à son vendeur par le sénatusconsulte. Pourquoi n'en serait-il pas de même en notre hypothèse ? Mais, dit-on, il n'est pas exact que le Sénat ait entendu exempter le possesseur de bonne foi de tout dommage résultant de son erreur : s'il a vécu plus largement en considération de l'hérédité qu'il allait recueillir, il ne pourra se faire tenir compte de ce qu'il a dépensé en plus sur son patrimoine (Marcel., *h. t.*, 25, 12). Il est vrai, le Sénat a posé une limite, mais cette limite consiste à l'exonérer de tout dommage résultant d'un acte d'immixtion dans l'hérédité (Ulp., *h. t.*, 25, 14 : *Videndum an et sic attingatur hereditas*). Tel est bien le cas s'il a vendu un objet héréditaire. L'acheteur opposera, du chef de son vendeur, l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit* (cf. Jul., *D.*, XLIV, 1, 13 ; Ulp., *h. t.*, 5, 2).

(3) Ulp., *h. t.*, 25, 7 : *Post litem contestatam... quinimo post controversiam motam.* Ces derniers mots, expliqués par Ulpien (20, 6 et 11), font allusion à de nouveaux modes d'introduire les instances, la *litis denuntiatio*, l'*evocatio litteris*.

(4) Paul, *h. t.*, 40 pr. : *Nec enim debet (bonæ fidei) possessor aut mortalitatem præstare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*

serment, n'a pas de raison d'être lorsque le droit de l'héritier n'est point contesté. Au lieu de laisser les parties en venir aux mains, le Préteur promit au *bonorum possessor* l'interdit *quorum bonorum*. Cet interdit a le caractère d'une mesure de police destinée à maintenir le bon ordre dans la cité : en cela il ressemble aux plus anciens interdits créés par le Préteur.

Le *bonorum possessor* fut, dans le principe, protégé exclusivement par l'interdit *quorum bonorum*, qui se donnait uniquement contre celui qui possédait des corps héréditaires (1). C'est un interdit *adipiscendæ possessionis :* il ne peut être intenté pour réclamer une chose qu'on a déjà possédée. Comme la *P. H.*, l'interdit se donne contre celui qui possède *pro herede* ou *pro possessore* (2); il se donne également contre celui qui a usucapé *pro herede* et contre celui qui, par dol, a cessé de posséder.

Pour triompher, le demandeur doit prouver non seulement qu'il a obtenu la *B. P.*, mais aussi qu'elle lui a été régulièrement accordée en vertu de l'Édit (3). Le jugement rendu tranche définitivement entre les parties la question de possession (4). Il peut être mis à néant si le défendeur qui succombe intente ultérieurement la *P. H.*

§ 2. **Interdit *quod legatorum*.** — La protection accordée au *bonorum possessor* a été complétée par l'interdit *quod legatorum*, qui lui permet d'acquérir la possession de biens héréditaires dont s'est emparé un légataire. Il ne pouvait user ici de l'interdit *quorum bonorum*, puisque le légataire possède *pro legato* ou *pro herede*, et non *pro possessore* (5).

§ 3. **Actions fictices.** — Les actions fictices fournissent au *bonorum possessor* le moyen de faire valoir les droits réels et de créance appartenant au défunt : il agit *ficto se herede*. La formule délivrée par le Préteur contient la clause : *Si A. Agerius L. Titio heres esset.* Dès lors le *bonorum possessor* devient comme un héritier; son droit cesse d'être limité aux biens corporels héréditaires. Il en était ainsi dès le temps d'Auguste.

Le *bonorum possessor* peut également intenter une action universelle, comme s'il était héritier : la *P. H. possessoria* (6).

§ 4. **Bas-Empire.** — Au Bas-Empire, l'unité de législation n'a pas été réalisée en cette matière. La diversité des moyens de sanction d'origine civile ou prétorienne a subsisté; à côté de la pétition d'hérédité, la *P. H. fideicommissaria;* à côté de l'interdit *quorum bonorum*, l'envoi en

(1) Gaius, IV, 144. Paul, *D.*, XLIII, 2, 2 : *Debitores hereditarii non tenentur.*

(2) Ulp., *D.*, XLIII, 2, 1 pr.

(3) Sev., Carac., *C.*, VIII, 2, 1; Diocl., *eod.*, 2; Cic., *ad fam.*, VII, 21. Le défendeur n'est admis à invoquer sa qualité d'héritier que sous forme d'exception de dol (Pap., *D.*, XXXVII, 11, 11, 2).

(4) La question est controversée. Cf. Savigny, *Verm. Schr.*, II, 216; Machelard, *Interdits*, 59.

(5) P. 782, 3. S'il y a doute, cf. Ulp., *D.*, XLIII, 3, 1, 4.

(6) Cf. Lenel, I, 205. Il est probable que cette action figurait dans l'édit perpétuel; le Préteur avait compris la nécessité de compléter son œuvre en plaçant à tous égards le *bonorum possessor* dans une situation analogue à celle de l'héritier. La *P. H. possessoria* ne pouvait, il est vrai, servir au *bonorum possessor sine re* contre l'héritier; mais elle était fort utile au *b. p. cum re*, et même au *b. p. sine re* contre tout autre possesseur que l'héritier. Le droit pour le *b. p* d'exercer une pétition d'hérédité est confirmé, pour l'époque de Julien, par *D.*, XXXVII, 4, 13 pr.; 10, 3, 13.

possession accordé à l'héritier qui produit un testament d'apparence valable. Cet envoi en possession a été maintenu par Justinien, bien qu'il eût perdu sa raison d'être primitive par la suppression de l'impôt du vingtième ; il peut être demandé pendant 30 ans (1).

L'interdit *quorum bonorum* a été modifié dans son application : depuis la fin du IVᵉ siècle, il se donne contre tout possesseur, même à titre particulier (2). C'était là un avantage fort précieux et il n'était pas le seul : la voie de l'interdit était préférée à cause de la facilité de la preuve, de la rapidité de la procédure dont l'effet ne peut être suspendu depuis que la décision n'est plus susceptible d'appel (3).

CHAPITRE VII

Legs, fidéicommis, donations à cause de mort.

L'ancien droit ne connaît d'autre mode régulier de disposer à titre particulier, à cause de mort, que le legs. Mais comme la validité de cet acte était subordonnée à des conditions assez rigoureuses, la pratique avait parfois recours à des moyens détournés qui constituaient des *mortis causa capiones*. Au temps d'Auguste, on voit apparaître deux modes de disposer à cause de mort dont l'usage remonte peut-être à une époque antérieure, mais qui reçurent alors seulement une valeur juridique : le fidéicommis et la donation à cause de mort.

Cette multiplicité des modes de disposer à cause de mort prouve combien était répandu ce genre de libéralités. Ordinairement il s'adresse à la femme (4) ou à la fille du testateur (5), à un parent, à un ami (6), à un médecin (7), à un enfant qu'on a élevé *(alumnus)* (8), à un affranchi (9), et sous l'Empire à une cité (10). Autant les donations entre vifs sont rares, autant les legs et fidéicommis sont fréquents : au Digeste, un seul titre est consacré aux donations entre vifs; il ne comprend que 35 fragments. Les legs, au contraire, ont fourni la matière de 7 livres contenant un grand nombre de décisions.

(1) C., VI, 33, 3.
(2) HONOR., *C. Th.*, IV, 21, 1 (Espagne).
(3) VALENT. I, *C. Th.*, XI, 36, 22 (Rome).
(4) P. 188, 6. JAV., *D.*, XXXII, 100, 2; XXXIII, 6, 7 pr. : *Vinum, oleum*, etc.; LAB., *D.*, XXXIV, 2, 39 pr. : *Mundus muliebris*; SCÆV., *D.*, XXXI, 33, 1; XXX, 102 pr. : *Lateraria viatoria*, cf. CELS., *eod.*, 21; PAP., *D.*, XXXIII, 1, 10, 2 : *Annuum*.
(5) Il y a aussi des exemples de legs faits par la femme à son mari (ALF., *D.*, XXXIII, 1, 22; ULP., *D.*, XXX, 17 pr., 1; JUL., *eod.*, 84, 6; AFRIC., *eod.*, 108, 13; POMP., *D.*, XXXI, 45 pr.; PAP., *eod.*, 77, 9 et 19; MOD., *eod.*, 34, 7).
(6) PAP., *eod.*, 77, 20; SCÆV., *D.*, XXXIII, 1, 19, 1; XXXIV, 2, 40, 2.
(7) SCÆV., *eod.*, 40 pr.; PAP., *D.*, XXXIII, 1, 10, 1.
(8) PAUL., *D.*, XXXII, 78, 3; SCÆV., *D.*, XXXIII, 1, 18, 1; XXXII, 102, 2; 40, 12.
(9) PAP., *D.*, XXXIII, 1, 9; 10, 3; SCÆV., *eod.*, 13, 1; 18, 1; 21 pr.
(10) P. 119, 4. MOD., *D.*, XXXIII, 1, 6; SCÆV., *eod.*, 21, 3; MARC., *eod.*, 23; ULP., *D.*, XXX, 71, 5 et 6; PAP., *D.*, XXXI, 77, 33; legs à un *vicus* (p. 119, 4); MARC., *eod.*, 107; PAUL, *eod.*, 122 pr.

I. Legs et *mortis causa capio.*

§ 1. **Notion du legs.** — A l'époque classique, le legs est une libéralité faite par testament en forme impérative (1). C'est une question de savoir s'il en était de même dans l'ancien droit. Le mot léguer se trouve une fois dans la loi des Douze Tables, et beaucoup d'auteurs le prennent pour synonyme de tester. L'identité est loin d'être certaine, car le mot intestat, qui figure dans une autre disposition, prouve que les Romains avaient un terme spécial pour désigner le testament. On peut donc soutenir que léguer et tester sont deux actes différents.

1. Les Douze Tables ont réglementé l'exercice du droit de léguer, elles ne se sont pas occupées du droit de tester. Le legs était un acte privé; le testament, un acte législatif. La loi générale n'avait pas à déterminer la forme ni les conditions de validité d'un acte qui exigeait pour chaque cas particulier une loi spéciale. D'après le texte de la loi décemvirale, le legs est permis : pour disposer des biens que l'on considérait comme les moins précieux *(pecunia)*, pour nommer un tuteur. Dans tout autre cas, pour disposer des biens de famille, faire un affranchissement, imposer à l'héritier une charge au profit d'un tiers, il faut faire un testament, obtenir le concours des pontifes et du peuple. Et cela se conçoit : sous le régime de la propriété familiale, atténué comme il l'était à Rome, l'aliénation des biens de famille n'était permise qu'à titre d'acte de bonne administration; l'affranchissement, qui fait de l'esclave un citoyen, est un acte qui dépasse les pouvoirs d'un simple particulier (2); il en est de même de l'acte par lequel on impose à l'héritier une charge au profit d'un tiers.

Telles sont les conséquences qui découlent du texte de la loi pris à la lettre et qu'une méthode rigoureuse commande d'accepter (3). La plupart des auteurs ne peuvent s'y résigner. Acceptant l'interprétation du texte de la loi donnée par les classiques, ils pensent qu'on doit transporter à l'époque des Douze Tables les règles observées aux derniers siècles de la République; qu'on n'a jamais pu faire aucun acte de dernière volonté en dehors du testament; que le testament doit porter sur l'ensemble des biens du défunt quelle qu'en soit la nature. C'est, à notre sens, une anticipation que ne justifie aucune raison solide et qu'une série d'observations rendent tout au moins douteuse.

a) Si le testament exige le concours des pontifes et du peuple, s'il a pour objet d'instituer un continuateur du culte et de la maison du défunt, on ne voit pas pourquoi cet acte serait nécessaire pour disposer des choses qui ne sont pas consacrées aux dieux et dont la propriété n'est pas placée sous la garantie de l'État. La règle qui exclut le concours d'héritiers testamentaires et ab intestat n'a pu s'appliquer à l'origine qu'aux biens de famille qui seuls ont été attribués par la loi aux agnats. *b*) Le texte de la loi valide le legs directement sans le subor-

(1) Ulp., XXIV, 1.
(2) Cet affranchissement a toujours lieu en forme impérative : *Stichus liber esto.*
(3) Karlowa, II, 941, partage notre manière de voir sur ce point.

donner à l'institution d'héritier ; et l'on trouve encore, sous l'Empire, des formules de legs qui rappellent l'époque où l'acte était indépendant de l'institution d'héritier (1). *c*) L'interprétation donnée par les Prudents s'explique par leur habitude de rattacher leurs innovations aux termes de la loi : lorsque le testament par l'airain et la balance remplaça le testament comitial, il fallut chercher un point d'appui pour les règles établies par la jurisprudence ; on ne put le trouver ailleurs que dans la disposition relative au legs (2), puisque la loi n'avait pas eu à s'occuper du testament.

On ignore quelle fut la forme primitive du legs, mais d'après les formules dont il vient d'être parlé, on peut conjecturer que le legs consistait en une manifestation verbale de volonté, faite en termes sacramentels *(do lego)* et peut-être en présence de témoins (3). En reconnaissant un droit au gratifié, la loi l'autorise implicitement à s'emparer de l'objet légué et à le garder, sans s'exposer à être poursuivi pour détention injuste de la chose d'autrui. Plus tard lorsque les choses moins précieuses sont devenues susceptibles de propriété quiritaire, le droit du légataire a été sanctionné par la revendication.

La règle édictée par les Douze Tables en matière de legs permit de faire en tout temps des libéralités à cause de mort sans attendre la réunion des comices, ou même lorsqu'on se dispensait de tester parce qu'on avait des héritiers domestiques. Elle permit aussi au père de famille de nommer un tuteur à ses enfants ou à sa femme sans être obligé de tester. Elle fut surtout utile aux plébéiens à une époque où ils n'avaient pas vraisemblablement accès aux comices calates.

2. Au VI[e] siècle, la notion du legs s'est précisée : en la forme, le legs est une clause d'un testament ; au fond, c'est un prélèvement sur l'hérédité (4). Le mot legs a dès lors un sens spécial, à la fois plus large et plus étroit que celui qu'il a dans les Douze Tables : il s'applique non seulement au cas où le testateur dispose d'un ou de plusieurs objets compris dans sa succession, mais aussi au cas où il impose à son héritier une charge au profit d'un tiers. A l'inverse, le mot legs ne convient plus à l'acte contenant nomination d'un tuteur, et on ne l'a pas étendu aux affranchissements testamentaires (5) : ces deux actes ont conservé un caractère à part et doivent l'un et l'autre être inscrits dans le testament.

(1) Nomination de tuteur : *Lucium Titium liberis meis tutorem do* (Gaius, I, 149.) La formule antique contenait les mots *do lego*. (Varr., ap. Non., 478, 1.) Les Douze Tables considéraient cette disposition comme un legs (Ulp., XI, 14.) Cicéron (*De or.*, I, 53) rapporte un exemple d'une nomination de tuteur faite par une simple déclaration de volonté ; ce mode de nomination n'était plus admis de son temps (*Veteres*, ap. Paul, L. 17, 53), mais il est vraisemblable que l'on s'autorisa d'un usage antique. — Choix d'un tuteur : *Titiæ uxori meæ tutoris optionem do* (Gaius, I, 150.) — Legs *per vindicationem* : Gaius, II, 193.

(2) La manière dont s'exprime Gaius (II, 224) prouve qu'il avait conscience du caractère artificiel de cette interprétation : *Idque lex XII Tab. permittere videbatur, qua cavetur ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur his verbis : uti legassit suæ rei ita jus esto.*

(3) Cf. la clause finale du testament lorsqu'il est devenu un acte privé : *Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.*

(4) Gaius, II, 224, 225.

(5) Cet affranchissement est souvent rapproché du legs (Paul, *D.*, L, 16, 80) : il n'est jamais qualifié legs de liberté.

Ce changement dans la forme et dans la conception du legs est la conséquence des modifications apportées à la nature juridique du testament et à la notion de l'hérédité. Le testament est devenu, comme le legs à l'époque antique, un acte privé dépendant de la libre volonté de son auteur ; il a paru inutile de conserver à côté de lui un acte d'une portée moins étendue. D'autre part l'hérédité comprenant désormais l'ensemble des biens d'un testateur, on n'a plus fait de distinction entre la clause par laquelle le testateur attribue à un tiers certains biens héréditaires et celle par laquelle il impose à son héritier une charge au profit d'un tiers : dans les deux cas il diminue l'émolument de la succession (1). On a donc soumis les deux clauses à la même règle ; on a appliqué à la première la règle qui de tout temps avait été admise pour la seconde : on a fait du legs une dépendance du testament et de l'institution d'héritier, à tel point qu'un legs ne peut être valablement fait avant cette institution (p. 681, 1). On a appliqué la même règle à l'acte portant nomination d'un tuteur, mais on discutait encore, au Ier siècle de notre ère, la question de savoir s'il était nécessaire d'inscrire cette clause après l'institution d'héritier (p. 693, 4).

3. En droit classique, le legs est une libéralité (2) faite aux dépens d'une hérédité (3) et avec l'intention de gratifier une personne déterminée. Ordinairement cette libéralité a pour effet d'enrichir le légataire, mais il suffit qu'elle lui procure un avantage quelconque (4), par exemple un testateur lègue à sa femme le montant de sa dot, dispense un héritier de fournir une caution ou renonce à une exception (5). La libéralité peut n'être qu'éventuelle (6) ; lorsque le légataire est chargé de remettre à un tiers l'objet légué, il n'a qu'une chance de profiter du legs : si le tiers meurt avant le testateur. Il n'y a pas de libéralité et partant pas de legs, si la personne désignée par le testateur n'est qu'un intermédiaire *(minister)*. Cette personne n'a pas d'action contre l'héritier, et si, après avoir rempli sa mission, il lui reste quelque chose, elle doit le rendre à l'héritier (7).

Le legs implique la volonté de gratifier une personne déterminée. Si un testateur charge son héritier d'acquitter la dette de Titius, le créancier n'est pas légataire bien qu'il doive profiter de la clause du testament (8). Cette condition était si rigoureusement exigée qu'on annulait le legs fait à titre de peine. On entend par là une disposition tendant à

(1) Florent, *D.*, XXX, 116 pr. : *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

(2) *Liberalitas :* Pap., *D.*, XXXI, 67, 1 ; Callistr., *D.*, XXXV, 3, 6. *Donatio :* Modest., *D.*, XXXI, 36. D'après certains auteurs, le caractère de libéralité n'est pas essentiel ; le legs peut ne procurer au légataire aucun avantage pécuniaire, par exemple lorsque le légataire est grevé d'un fidéicommis d'une valeur égale à celle qu'il a reçue (Ulp., *D.*, VII, 4, 29, 2 ; VII, 9, 9 pr.). Cf. Windscheid, III, 623, 1 ; Fadda, *Diritto ereditario*, 56. Cette manière de voir, contraire à l'opinion commune, doit être écartée par les distinctions ci-après indiquées. Cf. Ferrini, *Legati*. 55.

(3) *Delibatio hereditatis* ; cf. Paul, *D.*, XXXI, 12 pr.

(4) Paul, *D.*, XXXV, 2, 1, 10 ; Ulp., *D.*, XXXII, 7, 2.

(5) Paul, IV, 1, 1 ; Ulp., *D.*, XXX, 28 pr. ; M. Aur., *C.*, VI, 54, 2.

(6) Legs d'un esclave pris à l'ennemi (Jul., *D.*, XXX, 98 ; 104, 2).

(7) Marcel., *D.*, XXXI, 17 pr. ; Scæv., *eod.*, 88, 1 ; *D.*, XXXVI, 1, 80, 1.

(8) Ulp., *D.*, XXXII, 11, 22. Q. Mucius, ap. Pomp., *D.*, XXXIII, 1, 7.

contraindre indirectement l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose (1). Le legs est subordonné à l'inexécution par l'héritier de la volonté du testateur. L'intention de gratifier n'apparaît ici qu'au second plan : c'est insuffisant pour que le legs existe. — Il y avait là une exagération ; Justinien l'a écartée : le legs *pœnæ nomine* est valable pourvu qu'il n'impose pas au grevé un acte impossible, contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (2). Il n'y avait pas de raison pour traiter le legs *pœnæ nomine* plus rigoureusement que le legs conditionnel, puisque dans les deux cas le droit est acquis sous une modalité analogue : si tel événement ne se réalise pas, si l'héritier n'accomplit pas l'acte prescrit.

§ 2. **Interprétation des legs.** — Pour répondre aux besoins de la pratique, la jurisprudence classique s'est efforcée d'assouplir un acte juridique d'un usage très répandu. Il fallait un instrument susceptible de se prêter à toutes les manifestations de la libéralité du disposant et de suivre les fluctuations de sa volonté. On eut ici plus de latitude que pour l'institution d'héritier qui avait pour but de donner au défunt un représentant. La jurisprudence traita les legs avec faveur; elle fit du legs une *causa favorabilis* comme l'affranchissement et la dot. La faveur due au legs a une limite : le sort du legs est aux mains de l'héritier. On eut soin de ne pas rendre son droit illusoire, de lui laisser un intérêt appréciable à faire adition conformément à la loi Falcidie.

C'est à propos des legs qu'a été posée la règle : *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (3). Parmi les nombreuses applications de cette règle, on citera les cas où le testateur s'est trompé dans l'expression de sa volonté. Dès le temps de César et d'Auguste, les jurisconsultes furent d'avis de faire prévaloir la volonté réelle du testateur, toutes les fois qu'elle n'est pas douteuse. C'est ainsi que l'erreur est indifférente lorsqu'elle porte sur la désignation ou sur les qualités de l'objet légué (4), sur la cause du legs (5), et même sur la désignation du légataire, à moins qu'on n'ait pris une personne pour une autre (6). Si l'erreur porte sur la quantité léguée, par exemple si on a légué la somme de 100 qu'on a en caisse tandis qu'il n'y a que 50, le legs est valable pour 50; il est nul pour le surplus comme si l'on avait légué une chose qui n'existe pas ; il en serait autrement si la quantité léguée était réellement en caisse lors du décès et qu'elle eût diminué depuis :

(1) Gaius, II, 235. Cf. Just., *C.*, VI, 41, 1.

(2) *Inst.*, II, 20, 36.

(3) Paul., *D.*, L, 17, 12; Marcel., *D.*, XXXIV, 5, 24. Cf. Lenel, *Pal.* I, 1258. Le nouveau principe d'interprétation des legs n'a pas triomphé sans résistance ; on trouve encore dans quelques textes (Mod., *D.*, XXXIII, 2, 19) la trace du système ancien de l'interprétation littérale (Cf. Gérardin, *N. R. H.*, XI, 710). D'après Gaius (*D.*, XXXV, 1, 16), il faudrait distinguer entre les dispositions *quæ extra testamentum incurrunt* et celles *quæ ex ipso testamento oriuntur* ; les premières seules peuvent être interprétées *ex bono et æquo*. Mais Gaius lui-même applique ailleurs la règle nouvelle (*eod.*, 17 pr., 1). Au Bas-Empire, le système antique a été définitivement écarté (*C.*, VI, 37, 21).

(4) Jav., *D.*, XXXIV, 5, 28 ; Scæv., *D.*, XXX, 102, 1.

(5) Tren., Opil., ap. Jav., *D.*, XXXV, 1, 40, 4 : *Demonstratio falsa legatum non perimit*. Paul., *D.*, XXXIV, 3, 25.

(6) Jul., *D.*, XXXVII, 11, 8, 2; Ulp., *D.*, XXVIII, 5, 9 pr.

ici le legs est valable pour le tout; la perte est pour l'héritier (1).

§ 3. **Formation et révocation des legs.** — 1. Codicille. — Depuis Auguste, le legs peut être fait par codicille aussi bien que par testament. Le codicille est une forme simplifiée pour disposer à cause de mort à titre particulier. Comme son nom l'indique, c'est un petit testament *(codex)*, mais il se fait par écrit sans aucune solennité (2). Lorsqu'un citoyen voyageant à l'étranger voulait ajouter quelques clauses à son testament, il lui était souvent difficile de le refaire : où trouver les témoins requis par la loi (3)? Il adressait alors à son héritier une lettre pour l'informer de ses nouvelles dispositions. Cet écrit fut d'abord sans valeur, mais sous l'influence de Trébatius et de Labéon, la jurisprudence consacra ce moyen si commode de compléter un testament. On exigea seulement que le testateur se réservât l'usage de ce droit en déclarant dans son testament qu'il confirmait par avance les codicilles qu'il pourrait faire (4); sinon la disposition contenue dans le codicille ne valait qu'à titre de fidéicommis. Dans la suite on admit la validité du codicille fait par un citoyen mort intestat; mais le codicille ab intestat, comme le codicille non confirmé, ne peut contenir que des fidéicommis (5).

C'étaient là des innovations d'une portée considérable. Depuis longtemps il était de principe qu'on ne pouvait disposer de ses biens que par un acte d'ensemble portant sur la totalité du patrimoine : désormais on put faire des actes de disposition séparés. C'était un acheminement vers notre droit actuel (C. civ. 1002); mais l'innovation fut restreinte aux legs et aux fidéicommis : on ne peut instituer un héritier par codicille (6). Cette dérogation au principe du droit ancien fut admise sans le concours du législateur. La jurisprudence réussit à la justifier théoriquement, en disant que le codicille est réputé faire corps avec le testament, même s'il n'est pas confirmé. En conséquence, le sort du codicille fut lié à celui du testament (7). Mais devait-on pousser jusqu'au bout l'idée que le codicille était censé écrit dans le testament? Les Proculiens, dont l'opinion a prévalu, firent admettre en bien des cas que la disposition écrite dans le codicille serait appréciée au jour où il a été fait (8).

Quant aux codicilles ab intestat, on justifia la dérogation en disant que le défunt était censé avoir laissé son hérédité aux héritiers légitimes (9). Aussi un testament nul ne peut-il valoir comme codicille

(1) Afr., *D.*, XXX, 108, 10. Par exception, le *legatum pro dote* est valable même si la quantité léguée est supérieure à la dot reçue par le mari (p. 188, 6).

(2) Dans l'édit *de tabulis exhibendis*, on l'appelle *libellus* : *D.*, XLIII, 5, 1 pr.

(3) Paul, *h. t.*, [*D.*, XXIX, 7], 8, 2.

(4) *Inst*, II, 25 pr.; Gaius, II, 270a; cf. Paul, *h. t.*, 8 pr., 6; Marc., 6, 2.

(5) Paul, *h. t.*, 8, 1; Gaius, II, 270.

(6) Pap., *h. t.*, 10; cf. Jul., ap. Paul, 20; Philip., *C.*, VI, 36, 2. Parfois cependant le codicille était interprété comme contenant un fidéicommis d'hérédité (Pap., *h. t.*, 13, 1). On peut d'ailleurs, en faisant son testament, se réserver de désigner l'héritier (Pap., *D.*, XXVIII, 5, 78).

(7) Sab., Cass., ap. Scæv., *h. t.*, 14 pr.; Jul., *eod.*, 2, 3; 3, 2.

(8) Vivian., ap. Scæv., *h. t.*, 14 pr.; Jul., *eod.*, 2, 1, 4; Gaius, *D.*, XXIX, 1, 17, 4; Marc., *h. t.*, 7, 1; Paul, 8, 4.

(9) Paul, *h. t.*, 8, 1.

ab intestat (1). Un codicille ab intestat peut être transformé en codicille testamentaire et confirmé par un testament postérieur.

Le codicille est, comme le testament, un acte essentiellement révocable. Le testateur ne peut par avance en subordonner la validité à une condition quelconque.

Les règles sur la formation des legs ont été modifiées lorsque Justinien fusionna les legs et les fidéicommis : on peut faire un legs par un codicille non confirmé, mais souscrit par cinq témoins (p. 793).

Les conditions qui précèdent sont requises pour l'existence du legs. Pour sa validité il faut de plus que le légataire soit capable et que le legs soit susceptible d'exécution si le testateur mourait au moment de la confection du testament. La capacité exigée chez le légataire est la même que pour l'héritier : *testamenti factio* et *jus capiendi* (2).

2. Révocation des legs. — Un legs peut être révoqué directement *(ademptio)*, ou indirectement *(translatio)*.

a) Pour révoquer un legs directement, il faut en principe observer les mêmes formes que pour le faire, il faut aussi employer une formule identique, en y insérant une négation (3). Telle est la règle du droit strict. La jurisprudence n'a pas manqué de réagir contre cette rigueur : il est plus facile en droit classique de révoquer un legs que de le faire. On n'exige aucune solennité : un legs comme un fidéicommis peut être révoqué par une manifestation quelconque de volonté. Toutefois le legs n'est pas, comme le fidéicommis, éteint *ipso jure* : l'héritier doit opposer une exception de dol (4).

La révocation peut être tacite : par exemple, lorsque le testateur aliène volontairement (5) l'objet qu'il a légué (6) ou lorsqu'une inimitié grave *(vendetta)* est survenue entre le testateur et le légataire (7). Si la révocation n'est que conditionnelle, le legs est tacitement subordonné à la condition inverse. On traite comme une révocation tacite la radiation du legs faite par le testateur sur ses tablettes (8).

b) Le transfert d'un legs entraîne aussi une révocation tacite : le cas le plus simple est celui où le testateur attribue à un autre légataire un objet déjà légué. D'une manière générale, il y a transfert d'un legs lorsque le testateur modifie sa première disposition, soit en changeant le grevé, le bénéficiaire ou l'objet du legs, soit en la subordonnant à

(1) Ulp., *h. t.*, 1. Au Bas-Empire, le testateur peut, par une clause expresse, attribuer à son testament, à titre subsidiaire, la valeur d'un codicille : c'est ce qu'on appelle la *clause codicillaire* (Théod., *C.*, VI, 36, 8 pr.). Cette clause se trouve dans des textes classiques suspects d'interpolation (*D.*, XXVIII, 6, 41, 3 ; XXIX, 1, 3), ou dans un testament fait à la mode grecque (Paul., *D.*, XXVIII, 1, 29, 1).

(2) Est nul le legs fait en fraude de la loi : Scæv., *D.*, xxxii, 37, 6. Est valable le legs fait au (temple du) Génie d'un municipe : Inscr. de Thuburbo *majus*. (C. r. *Acad. Inscr.*, 1915, p. 326).

(3) Ulp., XXIV, 29 ; *Inst.*, II, 21 pr.

(4) Ulp., *h. t.*, (*D.*, XXXIV, 4), 3, 11 ; Paul., *eod.*, 15.

(5) Ulp., *D.*, XXXII, 11, 12. Cette condition, proposée par Celsus (*Inst.*, II, 20, 12), n'était pas admise d'une manière générale, au temps de Gaius (II, 198).

(6) Pap., *h. t.*, 24, 1 ; Paul., 15 ; Mod., 18 ; Sev., Carac., *C.*, VI, 37, 3.

(7) Pap., *h. t.*, 22 ; Ulp., 3, 11. Pour un affranchi, il suffit que le testateur lui ait, dans une partie postérieure du testament, reproché son ingratitude (Paul., 29).

(8) Cels., *h. t.*, 17 ; Paul., 16 ; Gaius, 5.

une condition (1). Dans tous ces cas, il y a révocation tacite du premier legs et création d'un second. Le transfert d'un legs est un acte double comme la novation, à la fois extinctif et créateur. Ces deux effets ne sont pas indivisibles : l'efficacité de la révocation n'est pas subordonnée à la validité du nouveau legs.

Sous Justinien, la révocation d'un legs n'exige pas un testament. Il suffit d'un codicille non confirmé (2).

§ 4. **Diverses sortes de legs.** — Les classiques distinguent quatre sortes de legs, appelés *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem* (3). Les trois premières seules remontent à l'ancien droit, la quatrième n'a reçu le caractère de legs qu'au début de l'Empire : jusque-là, c'était simplement une clause autorisant l'un des héritiers à prendre, en sus de sa part *(præ capere)*, un objet déterminé (4).

1. Le legs est appelé *per vindicationem* lorsque le testateur confère au légataire la propriété d'un de ses biens. Le legs n'est valable que si l'objet légué appartient au testateur en propriété quiritaire lors de la confection du testament et au moment du décès. Pour les quantités qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, il suffit qu'elles soient la propriété du testateur à son décès (5). Le legs *p. v.* peut servir également à établir une servitude rurale, un droit d'usufruit ou d'habitation (6),

2. Le legs est *per damnationem* lorsque le testateur charge son héritier de remettre au légataire une valeur déterminée. Le légataire devient ici créancier de l'héritier (7). Ce legs qui, à l'époque classique, peut avoir pour objet toute espèce de choses, eut d'abord une portée plus limitée : il s'appliquait à des choses certaines qui se comptent ou qui se pèsent (8). Pour toute autre espèce de choses, le testateur devait user d'un expédient, joindre à sa disposition une clause pénale qui était encourue par l'héritier s'il empêchait le légataire de prendre la

(1) Paul, *h. t.*, 6 pr., 1 et 2; Pomp., 20; Ulp., *D.*, XXX, 34 pr.
(2) *Inst.*, II, 21 pr.
(3) Gaius, II, 192. Cette classification est due sans doute aux jurisconsultes de la fin de la République qui, à l'exemple de Q. Mucius, ont distingué les *genera legatorum*, comme on a distingué les *genera tutelarum*, *furtorum*, *possessionum* (Gaius, I, 188; III, 183; Paul, *D.*, XLI, 2, 3, 23). Au VI[e] siècle, les lois Furia et Voconia parlent d'une manière générale de *legatorum nomine capere*. (Gaius, II, 225.)
(4) Pline (*H. n.*, XXXIII, 2, 38) cite un exemple de l'an 621. V. Max., IV, 3, 10.
(5) C'est une règle admise par la jurisprudence : *placuit*. Gaius, II, 196.
(6) Pomp., *D.*, VIII, 6, 19, 1; Paul, *D.*, XXXIII, 3, 7. Jav., 33, 2, 41. Alf., 40.
(7) Exemple d'un legs *p. d.* au VI[e] siècle : Polyb., XXXII, 13. Scipion l'Africain, voulant marier ses filles, avait promis une dot de 50 talents; leur mère paya comptant la moitié de la dot et légua le reste à ses gendres. C'est un *legatum debiti*. D'après Wlassak, *Sav. Z.*, XXXI, 220, le legs *p. d.* est bien plus récent que le legs *p. v.* Il n'apparaîtrait qu'au début du VII[e] siècle sous la forme du legs partiaire. Wlassak reconnaît d'ailleurs le point faible de son hypothèse : le mot *damnare* n'est pas usité pour le legs partiaire.
(8) Cette assertion s'appuie sur deux faits : 1° l'héritier tenu d'un legs *p. d.* ne peut être libéré par l'airain et la balance que si le legs a pour objet des choses certaines qui se comptent ou se pèsent (Gaius, III, 175); or, ce mode de libération était le seul admis par l'ancien droit; donc, à cette époque, le legs *p. d.* s'appliquait uniquement aux cas où l'on conserva plus tard l'usage de la libération *per æs et libram;* 2° l'action qui sanctionne le legs *p. d.* n'est donnée au double que si le legs a pour objet une chose certaine (Gaius, IV, 9); c'est encore un vestige de l'époque où ce legs n'avait qu'une sphère d'application limitée. Lorsque plus tard il put avoir pour objet toute espèce de choses, on n'étendit pas à l'action *ex testamento incerta* un privilège qui avait été créé pour l'action *certa*.

chose léguée. Le legs se trouvait ainsi transformé en un legs de somme d'argent (1).

Vers le milieu du VIIe siècle, l'application du legs *p. d.* fut étendue par la jurisprudence aux quantités qui se mesurent, puis aux corps certains, aux créances et même aux choses incertaines (2). Dès lors ce legs devient le mode de léguer le plus parfait (3).

3. Le legs est *sinendi modo* lorsque le testateur invite son héritier à laisser prendre par le légataire une chose appartenant, lors du décès, au testateur ou même à l'héritier. Ce legs diffère du legs *p. d.* quant à son objet : il n'est pas limité aux choses qui se pèsent ou qui se comptent. Il en diffère surtout quant à son efficacité : il n'impose pas à l'héritier une véritable obligation. Au IIe siècle de notre ère, certains jurisconsultes soutenaient encore cette manière de voir; l'opinion contraire a prévalu (4). Le legs *sinendi modo* confère dès lors un droit de créance comme le legs *p. d.*, mais il ne fait pas double emploi avec lui : le testateur choisit la forme *sinendi modo* lorsqu'il veut ménager son héritier, ne pas l'exposer soit à une voie d'exécution rigoureuse (la prise de corps), soit à la peine du double en cas de dénégation mal fondée. Le légataire *sinendi modo* est autorisé à se mettre en possession de la chose : il en acquiert la propriété par usucapion (5).

Ces trois sortes de legs ont chacune une formule spéciale qui doit être employée à peine de nullité (6). Il est donc facile de les distinguer. Mais dès la fin de la République, le testateur a la faculté d'employer d'autres formules (7).

Un Sc. proposé par Néron (a. 54-68) décida qu'un legs nul en raison de l'emploi d'une formule impropre, tel qu'un legs *p. v.* portant sur la chose d'autrui, serait réputé fait *per damnationem*. On appliqua cette règle au legs *sinendi modo* (8). Avant le Sc. Néronien, les testateurs prudents prévenaient toute difficulté en juxtaposant les formules *p. v.* et *p. d.* (9). Cet usage se conserva après le Sc. : il avait l'avantage

(1) Paul, *D.*, XXXV, 2, 1, 8. Le legs de provisions de bouche (*penus*) était usité au milieu du VIe siècle. (S. Ælius, ap. Gell., IV, 1, 20.)

(2) La *mortis causa capio* est encore mentionnée à côté du legs dans le règlement sur les *sacra* de P. Mucius Scævola, le grand pontife de l'an 631 ; il n'en est plus question dans la loi Falcidie. Les jurisconsultes des VIIe et VIIIe siècles traitent avec une sorte de prédilection des legs de genre et de quantités.

(3) *Optimum jus legati* : Gaius, II, 197 ; III, 175. Ce legs est nul s'il a pour objet des choses hors du commerce : Ulp., XXIV, 9.

(4) Gaius, II, 210-214. Les actions *incertæ*, comme celle dont Gaius (II, 213) rapporte la formule, n'ont été admises que tardivement : le legs *sinendi modo* est resté dépourvu de sanction directe jusqu'à cette époque.

(5) Papin., *D.*, XLI, 8, 8.

(6) Legs *per vindicationem* : les termes consacrés sont *do lego*. — Legs *per damnationem* : *Heres meus Seio decem dare damnas esto* (Q. Muc., ap. Pomp., *D.*, XXXIII, 1, 7 ; Gaius, II, 201). — Legs *sinendi modo* : *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere.* (Gaius, II, 209.)

(7) La formule *do lego* peut être remplacée dans le legs *p. v.* par celle de *lego* (Alf., *D.*, XXXIII, 2, 40), ou de *sumito sibique habeto* (Lab., *D.*, XXXIII, 5, 20 ; XXXII, 29, 4), ou simplement de *sibi habeto* (Alf., *D.*, XXXIII, 8, 14, cf. Gaius, II, 193). La formule *dare damnas esto* peut être remplacée dans le legs *p. d.* par celles de *dato* (Cic., *ad Her.*, I, 12 ; *De inv.*, II, 40 ; Alf., *D.*, XXXIII, 1, 22), *dare jubeo* (Cic., *p. Cluent.*, 7), *damnas esto* (Alf., *D.*, XXX, 106) ; cf. Jav., *D.*, XXXII, 100.

(8) Gaius, II, 197, 212 ; Ulp., XXIV, 11a.

(9) Cf. le testament de Dasumius de l'an 108 (*CIL.*, X, 114, l. 125).

de permettre au légataire d'intenter à son choix l'action réelle ou l'action personnelle (1). De même pour éviter qu'un legs ne fût nul à titre de legs *p. d.*, on joignait à la formule du legs celle du fidéicommis (2).

4. Le legs par préciput a été consacré à une époque relativement récente, sous l'influence des Proculiens. Anciennement, le testateur qui voulait avantager un de ses héritiers avait le choix entre plusieurs moyens : lui attribuer une part supérieure à celle de ses cohéritiers, par exemple 8 onces à l'un, 4 onces à l'autre, l'autoriser à prendre en sus de sa part un objet déterminé *(prælegare)* (3). Le *prælegatum* n'était pas un legs : le cohéritier avantagé ne pouvait pas, comme un légataire *p. v.*, revendiquer l'objet qui lui avait été assigné, car les qualités d'héritier et de légataire sont incompatibles. Le *prælegare* n'était qu'une invitation, adressée au juge de l'action en partage, d'attribuer à l'héritier désigné un certain objet en sus de sa part. Les Sabiniens en concluaient que le *prælegare* n'était pas possible au profit d'un tiers, et qu'il ne pouvait avoir pour objet qu'une chose appartenant au testateur.

Cette doctrine fut combattue par les Proculiens : ils soutenaient qu'on ne devait pas annuler une disposition faite au profit d'un tiers parce que le testateur avait dit : *præcipito* au lieu de *capito*. Sabinus objecta vainement qu'il y avait ici un vice tenant à la personne du légataire : l'opinion contraire prévalut. Hadrien décida que le legs *per præceptionem* fait à un tiers aurait l'effet d'un legs *p. v.* lorsque l'objet légué serait la propriété du testateur. Dans le cas contraire, il eut l'effet d'un legs *p. d.* en vertu du Néronien (4).

On ne s'en tint pas là : on admit, suivant la doctrine des Proculiens, la validité du legs *per præceptionem* fait à l'un des héritiers. Des raisons pratiques déterminèrent sans doute la jurisprudence. Le *prælegare* était très usité, surtout en matière de dot et de pécule; il entraînait des complications pour fixer la proportion suivant laquelle on devait répartir les dettes héréditaires. C'est peut-être pour éviter cet inconvénient que l'on favorisa l'emploi du *prælegatum* et qu'on en fit une nouvelle espèce de legs, le legs *per præceptionem*.

Au point de vue théorique, la construction de ce legs n'était pas sans difficultés : une même personne ne peut être à la fois le grevé et la bénéficiaire du legs (5); le legs doit donc être nul tout au moins dans la mesure de la part qui lui revient dans la succession. Cela ne l'empêchera pas de prélever la totalité de l'objet légué, mais elle en acquerra une part comme héritière, l'autre comme légataire : elle devra imputer sur sa quarte la part qui lui revient comme héritière (6); de même si elle est grevée d'un fidéicommis universel, elle ne sera pas tenue de

(1) Cf. le testament de Longinus Castor de l'an 189 (*P. Berlin*, 326, I, 15); ARISTO, ap. MÆC., *D.*, XXXII, 95.
(2) PAUL, *D.*, XXX, 85 ; 33.
(3) PLIN. (*H. n.*, XXXIII, 2, 38) cite un exemple relatif à l'an 621.
(4) GAIUS, II. 218-222.
(5) ULP., XXIV, 22 : *Heredi a semet ipso legari non potest.*
(6) JUL., *D.*, XXXV, 2, 86; GAIUS, *eod.*, 74.

rendre ce qu'elle acquiert à titre de légataire (1). Si elle renonce à la succession, elle conserve son titre de légataire et peut réclamer l'objet légué en totalité (2).

5. L'usage de formules solennelles fut supprimé pour les legs par une loi de 339. Désormais un legs est valable de quelque manière que le testateur se soit exprimé (3).

§ 5. ***Mortis causa capio.*** — Divers documents des VIe et VIIe siècles rapprochent du legs la *mortis causa capio* (4), sans préciser le sens de cette expression. Dans les textes classiques, elle s'applique à tous les cas où l'on acquiert à cause de mort, sans que la cause d'acquisition ait un nom technique comme l'hérédité et le legs (5). Il en fut vraisemblablement de même dans l'ancien droit (6).

La *mortis causa capio* désigne toute acquisition à cause de mort en vertu d'un acte qui ne confère au gratifié aucun droit contre l'héritier, par conséquent d'un acte sans valeur juridique, mais que l'usage des honnêtes gens fait un devoir d'exécuter. On peut, à cette époque, citer deux cas d'acquisition à cause de mort : l'acquisition faite en exécution d'un testament par mancipation; en vertu d'un legs *per damnationem* de choses autres que celles qui se pèsent ou qui se comptent, lorsque ce legs est confirmé par une clause pénale (7). Il en était sans doute de même dans le cas où l'on admit plus tard le legs *sinendi modo* : tant que l'invitation adressée à l'héritier de laisser le léga-

(1) Decr. MARCI, ap. ULP., *D.*, XXXVI, 1, 18, 3. Le principe d'après lequel le legs *per præceptionem* est nul dans la mesure de la part que le légataire acquiert à titre d'héritier, conduit à des conséquences singulières lorsque la même chose a été léguée conjointement à l'un des héritiers et à un tiers, ou à deux des héritiers. Dans le premier cas, le tiers profite de la part caduque de son colégataire (ULP., *D.*, XXX, 34, 11; FLOR., 116, 1); dans le second, si les héritiers colégataires sont institués pour des parts inégales, la part que chacun d'eux prend à titre de légataire est d'autant plus forte que sa part héréditaire est plus faible (ULP., 34, 12).

(2) JUL., *D.*, XXX, 18.

(3) *C.*, VI, 37, 21.

(4) Voir les lois Furia et Voconia (GAIUS, II, 214), et l'édit de P. Mucius Scævola qui fut grand pontife en 631 (CIC., *De leg.*, II, 21).

(5) GAIUS, *D.*, XXXIX, 6, 31 pr. : *Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quæ proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hæ species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.*

(6) On a prétendu que les *mortis causa capiones*, mentionnées dans les lois Furia et Voconia, sont des donations à cause de mort (GIRARD, 999; SENN, *Études sur le droit des obligations*, 1914, I, 22). Ces lois auraient limité la faculté de faire des donations à cause de mort comme elles ont limité la faculté de léguer. Mais, d'après Gaius, le but de la loi Furia fut d'empêcher celui qui avait fait un testament de mourir intestat, ce qui arrivait fréquemment lorsque l'héritier, grevé de legs et de *mortis causa capiones* excessifs, n'avait plus qu'un vain titre et refusait de faire adition. Ce n'est pas la réduction des donations à cause de mort qui empêchera le défunt de mourir intestat, car ces donations ne supposent pas l'existence d'un testament et ne sont pas à la charge de l'héritier. D'ailleurs, si les donations à cause de mort avaient été, à la fin du VIe siècle, aussi dangereuses qu'on le prétend, si elles avaient été visées par la loi Furia, puis par la loi Voconia, comment la loi Falcidie, qui, en 714, corrigea les imperfections des lois antérieures, ne se serait-elle appliquée qu'aux legs? Elle n'a été étendue aux donations à cause de mort qu'au commencement du IIIe siècle, par S. Sévère (*C.*, VI, 50, 5). Il y a là un fait qu'on n'a pas essayé d'expliquer et qui prouve que les *m. c. capiones*, visées par les lois Furia et Voconia, ne sont pas des donations à cause de mort.

(7) PAUL., *D.*, XXXV, 2, 1, 8 : *Si pœnam non dederit, decem dato : hic pœna non est legata; et pœnus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati conditio.*

taire se mettre en possession fut dépourvue de sanction, il y eut *mortis causa capio.*

§ 6. **Restrictions à la liberté de léguer.** — Dans la seconde moitié du VI[e] siècle, la liberté de léguer a subi plusieurs restrictions : la loi et la jurisprudence ont cherché de diverses manières à assurer à l'héritier au moins une partie des biens du défunt, à augmenter les causes de nullité des legs. Cette multiplicité de règles, dans un espace de temps aussi court, révèle un changement dans l'état social et dans la législation : il semble que la liberté de tester était alors de date récente et qu'on était obligé de suppléer par des règles arbitraires aux usages qui faisaient défaut. A voir d'un côté les tâtonnements du législateur à la recherche d'une règle assez efficace pour atteindre le but qu'il se proposait, de l'autre les moyens imaginés par la pratique pour éluder les dispositions établies par la loi, on a lieu de penser qu'il s'agissait de réprimer les abus, suite inévitable d'une liberté nouvelle. Tel fut l'objet de la loi Furia, du chapitre II de la loi Voconia et de la règle Catonienne.

1. Loi Furia. — Anciennement le titre d'héritier était un honneur qui paraissait suffisant à celui qui était appelé à l'hérédité. L'héritier était le continuateur du culte et de la maison, il recueillait les biens de famille du défunt. Lorsque, après l'introduction de la liberté de tester, le testateur put disposer de ses biens au préjudice de son héritier, celui-ci n'eut souvent qu'un vain titre : l'hérédité était épuisée par les legs et par les affranchissements. Le résultat était facile à prévoir : l'héritier refusait un honneur sans profit; le testament était caduc.

Un plébiscite, proposé par C. Furius et applicable même dans les provinces (1), essaya de prévenir la désertion de l'héritier en limitant à 1 000 as la valeur maximum de chaque legs.

Exception fut faite pour les legs à des cognats jusqu'au 6[e] degré, et même jusqu'au 7[e] pour les enfants des cousins issus de germains (2). La loi Furia a pour sanction, non pas la nullité du legs, mais une peine infligée au contrevenant (3) : le légataire qui réclame un legs supérieur à 1 000 as, encourt la peine du quadruple; il est passible d'une *manus injectio pura* (p. 842).

2. Loi Voconia. — La loi Furia avait un double défaut : elle fixait uniformément le taux maximum des legs, sans égard à la fortune du testateur; elle n'assurait pas à l'héritier une part de la succession qui pouvait être absorbée par une série de legs de 1 000 as. La loi Voconia de 585 établit une limite variable suivant le nombre des héritiers et des légataires : un légataire ne peut jamais recevoir plus que l'héritier ou que tous les héritiers ensemble (4). Un légataire en présence d'un seul

(1) Cic., *p. Balbo,* 8; Gaius, IV, 109. La date de la loi Furia est comprise entre 550 et 585. La loi est antérieure à la loi Voconia de 585; elle doit être postérieure à la loi Cincia de 550, car elle étend d'un degré la faveur accordée par cette loi à la parenté naturelle.

(2) Paul., *Vat. fr.,* 300, 301. On excepte également un cognat d'un degré plus éloigné, s'il est sous la puissance d'un cognat du degré fixé par la loi.

(3) C'est une loi *minus quam perfecta* (p. 126, 5).

(4) Gaius, II, 226. Lab., *D.*, XXXII, 29, 1.

héritier pourra donc avoir au plus la moitié de la succession. L'héritier est toujours sûr d'avoir quelque chose; mais si le nombre des légataires est très élevé, il n'a presque rien, par exemple si le testateur, ayant une fortune de 100 as, fait 99 legs d'un as.

Cette disposition de la loi Voconia a une portée générale : elle s'applique aux hommes aussi bien qu'aux femmes. Elle leur retire le droit de recueillir un legs d'une valeur supérieure à la limite légale (1). On ne connaît pas la sanction de la loi ; mais on a lieu de croire que l'excédent touché par le légataire devait être versé au Trésor (2).

La règle de la loi Voconia, qui permet de donner au légataire une fraction de l'hérédité, est, selon toute vraisemblance, l'une des causes qui ont fait introduire l'usage du *legs partiaire* (p. 787).

3. Règle Catonienne. — Comme la loi Furia et la loi Voconia, la règle Catonienne est conçue dans un esprit défavorable aux dispositions de dernière volonté faites sous forme de legs. Elle décide qu'un legs, qui serait inutile si le testateur venait à mourir aussitôt après la confection du testament, demeurera inutile même si l'obstacle qui s'opposait à son exécution disparaît dans la suite (3). Si, par exemple, je lègue à une personne une chose qui lui appartient déjà, le legs restera nul, même si le légataire cesse d'être propriétaire de la chose avant la mort du testateur (4).

La règle, posée par Caton et acceptée par la jurisprudence, tranche une question délicate : celle de savoir à quel moment il faut se placer pour apprécier la validité d'un legs au point de vue de son exécution. Est-ce au jour de la confection du testament, ou au jour du décès? Il semble qu'on devrait se placer à cette dernière époque, puisqu'il s'agit d'une disposition qui ne doit produire son effet que dans l'avenir. Pourtant, c'est la solution contraire que Caton a fait prévaloir : la validité du legs doit s'apprécier au moment où il a été fait. On ne considère pas comme sérieux un acte qui ne pourrait avoir d'effet si le testateur mourait sur-le-champ. Le testateur n'a qu'un moyen de prouver qu'il n'a pas disposé en vue d'un avenir immédiat, c'est de subordonner le legs à une condition (5).

(1) Gaius ne fait aucune réserve. Il semble cependant que la loi contenait une clause spéciale au legs fait à une femme par un testateur inscrit au cens pour une fortune de cent mille as. Cic., *De Rep.*, III, 10 : *Alia nunc Manilius jura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adolescens dicere nondum Voconia lege lata.* Cf. 2ª *in Verr.*, I, 41 : *Quid si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet.* De ce texte il résulte que le citoyen *census* ne pouvait valablement léguer plus que le taux fixé par la loi Voconia : le legs était nul pour l'excédent. Cf. Karlowa, II, 941.

(2) Plin., *Paneg.*, 42 : *Locupletabant et fiscum et ærarium non tam Voconiae et Juliæ leges quam majestatis... crimen.*

(3) Cels., *D.*, XXXIV, 7, 1 pr. : *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere.*

(4) *Inst.*, II, 20, 10. Les textes signalent quelques autres applications de la règle Catonienne : legs fait à l'esclave de l'institué (*ibid.*, 32); legs de matériaux incorporés à une construction (Ulp., *D.*, XXX, 41, 1 et 2); legs fait à l'esclave du testateur, lorsque cet esclave est héritier nécessaire ou qu'il est affranchi sous une condition qui ne peut s'accomplir qu'après l'adition de l'hérédité. Jul., *D.*, XXX, 91, 1; Marc., *D.*, XXXV, 1, 86. Cf. Paul., *D.*, XXXIII, 5, 13 pr.

(5) Papin., *D.*, XXXIV, 7, 3. La règle ne s'applique pas aux legs qui prennent naissance après l'adition d'hérédité.

La règle Catonienne a été favorablement accueillie par les contemporains, sans doute parce qu'elle consacrait un ancien usage, remontant à l'époque où le legs était valable indépendamment de l'institution d'héritier. Plus tard, lorsqu'on fut habitué à voir dans le legs une dépendance du testament, on goûta moins la règle proposée par Caton. Elle parut alors sujette à la critique; quelques-uns allèrent jusqu'à dire qu'elle était fausse en certains cas (1). Au lieu d'y voir l'expression d'un principe (2), on s'efforça d'en circonscrire l'application (3).

4. Loi Falcidie. — Les lois Furia et Voconia n'avaient restreint la liberté de léguer que d'une manière indirecte. La loi Falcidie, au contraire, s'adresse au testateur et limite directement le droit de léguer (4). C'est un plébiscite, proposé l'an 714 par le tribun Falcidius; il contient deux chapitres qui concernent uniquement les citoyens romains (5).

a) La loi Falcidie consacre le droit du testateur de faire des legs, pourvu que ses héritiers recueillent, en vertu du testament, au moins un quart de l'hérédité. Elle ajoute que tout citoyen à qui un legs *p. v.* a été fait dans les limites fixées par la loi, est autorisé à le recueillir *sine fraude sua*, c'est-à-dire sans être exposé à la peine édictée par la loi Furia, et sans avoir à craindre de réclamation en vertu de la loi Voconia. Il en est de même pour le legs *per damnationem* (6).

Quelle fut la cause de cette restriction apportée à la liberté de léguer ? S'il fallait en croire Gaius et Justinien, le législateur cherchait un moyen d'assurer à l'héritier institué une quote-part de la succession (7), afin de l'encourager à faire adition de l'hérédité et par suite

(1) Cels., *D.*, XXXIV, 7, 1 pr. ; Pap., *eod.*, 3; Ulp., 4 et 5.

(2) Les anciens commentateurs ont donné à cette règle une importance qu'elle n'a jamais eue; ils l'ont confondue avec la maxime : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (Paul, *D.*, L, 17, 29.) En réalité la règle a une application restreinte : elle suppose, non pas un obstacle absolu à l'existence du legs, tenant à l'incapacité du légataire au jour de la confection du testament, ou à la nature de l'objet légué s'il est hors du commerce, mais un obstacle temporaire susceptible de disparaître entre la confection du testament et le décès.

(3) La règle ne s'applique ni aux institutions d'héritier ni au *jus capiendi* exigé par les lois caducaires et par la loi Junia Norbana. Cf. Machelard, *Dissertations de droit romain*, 1882, p. 533.

(4) Dio, XLVIII, 33; Euseb., *Chron.*, II, 39; Paul, *D.*, XXXV, 2, 1 pr. Cf. sur les lacunes et incorrections de ce texte, Gradenwitz, *Sav. Z.*, XIV, 116.

(5) Les lois Furia et Voconia ont continué à être appliquées aux habitants des cités latines qui jouissaient du *commercium* et de la *testamenti factio*. (Cic., *p. Balbo*, 8). La loi Furia fut aussi observée dans les provinces (Gaius, IV, 109). Ulpien (XXVIII, 7) parle de la loi Furia comme d'une loi en vigueur de son temps : elle devait s'appliquer aux Latins fictifs (p. 93).

(6) La règle de la loi Falcidie doit être rapprochée de la disposition des Douze Tables sur la liberté de léguer. Elle en diffère quant à la forme et quant à l'objet du legs : 1° tandis que les décemvirs n'établissent aucun rapport entre le legs et le testament, la loi Falcidie déclare par deux fois qu'elle vise les legs contenus dans un testament. Par là elle exprime sa volonté de consacrer la règle établie par la jurisprudence et qui subordonne le legs au testament; 2° tandis que la loi des Douze Tables parle uniquement des legs *super pecunia*, la loi Falcidie vise en même temps les legs portant sur toute autre chose. Les deux lois procèdent d'ailleurs d'une pensée différente : la première reconnaît aux citoyens un droit nouveau ; la seconde leur enlève une liberté dont ils jouissaient.

(7) Il y a un cas où la loi pourrait manquer son but : celui où le testateur a légué une somme d'argent alors que sa fortune se compose d'objets susceptibles de dépérir. Si ces objets périssent dans l'intervalle qui sépare le décès de l'adition, comme le calcul de la quarte doit se faire en se reportant au jour du décès, l'héri-

d'écarter les successeurs ab intestat. Mais cette sollicitude du législateur pour l'héritier institué, ce souci d'exclure les héritiers légitimes, paraissent étranges : on ne s'expliquerait guère comment, jusqu'à Justinien, on a fait de la loi Falcidie une loi d'ordre public (1) dont l'application ne peut être écartée par la volonté du testateur (2). La loi Falcidie a dû être inspirée par des raisons d'ordre politique (3).

b) En principe, l'héritier testamentaire a seul droit à la quarte : lui seul est tenu de l'impôt sur les successions. Ni le fidéicommissaire universel, ni le légataire partiaire (4) ne peuvent invoquer la Falcidie ; ils n'ont que le droit d'imputer sur les legs mis à leur charge la réduction qu'on leur fait subir. Par exception, Antonin le Pieux accorda le droit à la quarte à l'héritier ab intestat grevé de fidéicommis (5), bien que la raison qui avait motivé la loi ne fût pas applicable.

c) Le calcul de la quarte comprend deux opérations qui, dans l'opinion qui a prévalu (6), doivent être faites en se reportant au jour du décès. La première consiste à déterminer la valeur de la succession, dettes déduites, et à diviser cette valeur par 4. On estime les corps héréditaires d'après leur valeur marchande, et non d'après leur valeur relative (7) ; les créances, d'après la solvabilité du débiteur ou d'après leur valeur vénale (8). Seules les créances contre l'héritier sont comptées pour leur valeur nominale (9). On déduit ensuite les dettes, même celles dont le testateur était tenu envers l'héritier, les frais de liquida-

tier n'aura plus son quart et restera tenu de payer le legs : il est à craindre qu'il ne renonce à la succession. Mais, dit Justinien (II, 22, 2), les légataires n'hésiteront pas à s'arranger avec lui pour éviter de tout perdre.

(1) Pap., *h. t.*, 15, 1 et 8 ; Scæv., 27 ; Gord., *C.*, VI, 50, 11. *Nov.*, 1, c. 2, 2.

(2) Il lui est seulement permis de léguer une chose ou une valeur déterminée à son héritier pour lui tenir lieu de sa quarte : dans ce cas, l'héritier doit opter entre le legs et la quarte. L'héritier a toujours le droit de renoncer à la quarte. Il est présumé y renoncer lorsqu'il acquitte intégralement le legs, par suite d'une erreur de droit, mais non d'une erreur de fait (Paul., *D.*, XXII, 6, 9, 5). Il est déchu, comme indigne, du droit d'invoquer la quarte lorsqu'il s'est chargé d'un fidéicommis en fraude de la loi (p. 734, 5). Marcel., Jul., *h. t.*, 75 ; Flor., 90 ; Gord., *C.*, VI, 50, 9 ; cf. Just., *eod.*, 19.

(3) Ce fut, suivant toute vraisemblance, une loi de circonstance. Elle paraît motivée par un édit des triumvirs (Appian, *B. C.*, V, 67) rendu en la même année 714. Cet édit dispose que tout citoyen qui recueillera une succession testamentaire sera tenu d'en remettre une partie au Trésor pour subvenir aux frais de la guerre contre Pompée. C'était une sorte d'impôt sur les successions. La loi Falcidie eut pour but d'intéresser les héritiers institués à accepter les successions qui leur étaient offertes ; grâce à elle, l'État était assuré de percevoir l'impôt qu'il ne pouvait exiger des héritiers ab intestat. La résistance du peuple au payement de l'impôt fit échouer la combinaison des triumvirs, mais 35 ans plus tard l'idée fut reprise et la loi Julia *vicesimaria* établit un impôt permanent du vingtième sur les successions (p. 703, 5). Les légataires en furent tenus aussi bien que les héritiers. On voit maintenant pourquoi la loi Falcidie ne s'applique qu'aux citoyens romains : eux seuls étaient assujettis à l'impôt. Comme compensation, on les délivra des entraves à la liberté de léguer, résultant des lois Furia et Voconia.

(4) Jul., *D.*, XXXVI, 1, 25, 2 ; Ulp., *eod.*, 22, 5.

(5) Paul., *D.*, XXXV, 1, 43, 3 ; cf. 43 pr. ; Marc., *h. t.*, 3, 2, 4 ; Scæv., 25, 1 ; Paul., 18 pr.

(6) Marcel., *h. t.*, 56 pr. : *Placuit*. Gaius, 73 pr. : *Visum est*.

(7) Ulp., *h. t.*, 62, 1 ; Paul., 63.

(8) Paul., *h. t.*, 63, 2 ; Ulp., 82. Pour les créances conditionnelles, Gaius (*h. t.*, 73, 1) indique deux autres modes de procéder. Quant aux créances naturelles, Julien (ap. Paul., *h. t.*, 1, 18) les traite comme les dettes conditionnelles, car elles augmentent ou non l'actif de la succession *ex eventu*. Pour les obligations solidaires, Julien (62 pr.) distingue suivant qu'il y a ou non société.

(9) *Ipse sibi dives est* : Ulp., *h. t.*, 82.

tion, les frais funéraires, et même, suivant Sabinus, les frais d'érection d'un monument (1).

La seconde opération consiste à rechercher la valeur de ce que l'héritier acquiert à titre d'héritier, déduction faite des charges qui lui incombent (2). On ne tient pas compte de ce qu'il reçoit d'un cohéritier ou d'un tiers à titre de legs, ou *conditionis implendæ causa*. Mais on ajoute à ce qu'il prend à titre d'héritier la valeur des objets qu'il a détournés (3), les fruits qu'il a recueillis d'une chose léguée à terme ou sous condition, mais non ceux qu'il a perçus par suite de la négligence du légataire à faire valoir ses droits (4) Cette opération terminée, on examine si le résultat obtenu est inférieur ou supérieur à celui de la première : si l'actif net qui reste à l'héritier est inférieur au quart de l'actif net de la succession, la loi Falcidie est applicable ; dans le cas contraire, les légataires n'ont rien à craindre.

La règle qui vient d'être posée pour le calcul de la quarte ne doit pas être prise dans un sens absolu. Il n'est pas rigoureusement exact de dire que tout s'apprécie au jour du décès : les événements postérieurs peuvent nuire ou profiter à l'héritier (5). Les légataires profitent également de l'enrichissement d'un débiteur insolvable : la créance aura, au jour de la vente, une valeur plus grande qu'au jour du décès. Il en serait de même d'une créance conditionnelle, si la modalité se réalise avant que l'on en calcule la valeur. Quant au pécule des esclaves, on l'apprécie au moment de l'adition (6).

La règle sur le calcul de la quarte subit une autre modification lorsqu'un héritier recueille plusieurs parts héréditaires par voie d'accroissement : on considère ces parts comme n'en formant qu'une, lorsqu'il s'agit des legs mis à la charge de l'héritier qui recueille la succession, mais non pour les legs mis à la charge du cohéritier défaillant. Par suite, la masse à diviser par 4 est plus forte, et les legs ont plus de chances d'échapper à toute réduction, lorsqu'ils incombent à l'héritier qui profite du droit d'accroissement. La même distinction s'applique au cas où un héritier institué pour une part recueille une autre part comme substitué (7).

(1) Jul., *h. t.*, 87, 2; Gaius, 72; Paul, 1, 19: cf. Marcel, 2.

(2) Dans l'évaluation des charges, le montant des legs à terme est diminué de l'*interusurium*; la valeur des prestations viagères est calculée d'après la durée présumée de la vie du légataire, conformément aux tables de mortalité. (Marc., *h. t.*, 68 pr.). Pour les legs conditionnels, dans l'opinion qui a prévalu, on n'en tient pas compte provisoirement, mais on fait prendre aux autres légataires l'engagement de payer au légataire conditionnel ce qui doit lui revenir, en cas de réalisation de la condition (Paul, *h. t.*, 45, 1).

(3) Gaius, *h. t.*, 74; 76 pr.; Marc., 91; Paul, 24.

(4) Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 22, 2; Afr., *h. t.*, 88, 3; Pap., 15, 8; Paul, 24, 1.

(5) Mæcianus en donne de nombreux exemples (*h. t.*, 30 pr.).

(6) Jul., *h. t.*, 83. Marcellus est d'un avis opposé, mais il reconnaît que l'opinion contraire est dominante (*h. t.*, 56 pr., 1).

(7) Gaius, *h. t.*, 78; Paul, 1, 13. Julien (*h. t.*, 87, 4, 1re phrase) donne une décision différente lorsque le testateur institue pour parts égales son fils impubère et Titius, et substitue Titius à son fils. On a fait de vaines tentatives pour concilier ces deux textes. Julien partageait l'opinion générale en cas d'accroissement (arg. Ulp., *D.*, XXXI, 61, 1); c'est aussi une opinion générale qu'il enseigne dans le cas précité : *Placuit*. Il faut donc admettre que ce cas était soumis à une règle spéciale, motivée sans doute par la présence de l'impubère.

d) Lorsque l'héritier n'a pas le quart auquel il a droit d'après la loi Falcidie, tous les legs sont réduits proportionnellement, à moins que le testateur n'ait fixé un ordre à suivre pour la réduction. La réduction a lieu de plein droit (1). Si l'une des choses léguées est indivisible, le légataire doit payer à l'héritier l'estimation de la part qui aurait dû lui être enlevée, sinon l'héritier écartera la demande du légataire par l'exception de dol. Si le légataire était en possession lors du décès, l'héritier peut répéter l'excédent (2). S'il y a doute sur le point de savoir si un legs dépasse la quarte, l'Édit prescrit au légataire de s'engager sous caution à restituer l'excédent (3).

e) L'application de la loi Falcidie a été écartée dans un petit nombre de cas : par la loi, pour le cas où un mari lègue à sa femme les objets affectés à son usage personnel (4) ; par la jurisprudence, pour les legs qui ne diminuent pas la succession, comme le *legatum debiti* ou le legs de la dot ; par les constitutions impériales, pour les legs contenus dans un testament militaire (5). A l'inverse, la loi Falcidie a été étendue aux fidéicommis par le Sc. Pégasien, aux donations à cause de mort par S. Sévère, aux donations entre époux par Caracalla (6).

Justinien a atténué la règle établie par la loi Falcidie : le droit à la quarte peut être écarté par une clause expresse du testament, ou même tacitement lorsque le legs a pour objet un immeuble que le testateur défend d'aliéner (7). L'héritier n'ayant plus intérêt à faire adition, le disposant court le risque de mourir intestat. Mais on n'attache plus la même importance au maintien du testament depuis que l'hérédité légitime est déférée suivant les affections naturelles du défunt ; puis la loi fait appel à la conscience de l'héritier pour remplir les intentions du testateur.

§ 7. **Acquisition des legs.** — 1. *Dies cedens.* — L'acquisition des legs se fait en deux temps. Le droit au legs se fixe sur la tête du légataire, sa consistance s'apprécie au jour du décès du testateur, ou, depuis la loi Papia Poppæa, au jour de l'ouverture du testament (8) : c'est le *dies cedens*. Le légataire acquiert, non pas un droit qui compte dans son patrimoine, mais une espérance qu'il transmet, s'il y a lieu, à ses héritiers.

Cette règle est écartée dans deux cas : pour les legs d'usufruit ou d'habitation, parce que ces droits étant intransmissibles, on n'a aucun intérêt à anticiper l'ouverture du droit, à séparer le *dies cedens* du *dies veniens* ; pour les legs conditionnels (9), parce que le testateur a mani-

(1) Afr., *h. t.*, 88, 2 ; Gaius, 73, 5.

(2) Gaius, *h. t.*, 80, 1 ; Scæv., 26 pr. ; Gord., *C.*, VI, 50, 9.

(3) Ulp., *D.*, XXXV, 3, 3, 1 ; 1 pr. ; Paul, *h. t.*, 1, 16. Cet édit était connu des *Veteres* (Pomp., *h. t.*, 31).

(4) Gaius, *h. t.*, 81, 2 ; Sab., ap. Ulp., *D.*, XXXII, 45.

(5) Gaius, *h. t.*, 81, 1 ; *D.*, XXIX, 1, 17, 1 ; Alex., *C.*, VI, 50, 7.

(6) Gaius, II, 254 ; *C.*, VIII, 56, 2 ; Ulp., *D.*, XXIV, 1, 32, 1.

(7) *Nov.*, 1, c. 2, 2 *in fine* ; 119, c. 1. Interprétation différente chez les auteurs qui pensent que la loi vise le cas de répudiation. Cf. Labbé sur Ortolan, II, 761.

(8) Ulp., XXIV, 31. Sous Justinien, les lois caducaires étant abrogées, le *dies cedens* du legs pur et simple a lieu à la mort du disposant.

(9) Ulp., *h. t.*, [*D.*, XXXVI, 2], 5, 1 ; Ulp., *eod.*, 3 ; 9 ; 5, 2.

festé sa volonté de suspendre l'effet de sa disposition et par suite d'exclure les héritiers du légataire jusqu'à l'événement de la condition. Il est à remarquer que la condition accomplie ne produit sûrement pas ici un effet rétroactif; la rétroactivité est incompatible avec le caractère des actes à cause de mort; ces actes visent l'avenir et non le présent (1). Le legs conditionnel, intransmissible activement, produit cependant, *pendente conditione*, une obligation transmissible passivement : si l'héritier meurt et que la condition se réalise, le légataire a le droit de réclamer le legs aux héritiers du grevé (2).

On assimile au legs conditionnel le legs fait sous un terme incertain. Un terme peut être incertain de deux manières : d'une manière absolue, lorsqu'on ignore si et quand il arrivera, par exemple lorsque Titius sera pubère (3); d'une manière relative, lorsqu'on ignore seulement la date, par exemple lorsque Titius mourra. La règle s'applique sans difficulté au premier cas, car ici le terme incertain renferme une véritable condition. Elle s'applique également au second cas, mais seulement si le legs est fait *cum heres morietur* (4). Si le legs est fait *cum legatarius morietur*, le terme incertain est traité comme un terme ordinaire, le legs n'est pas conditionnel (5). Cette distinction s'explique aisément en théorie : dire que le légataire aura 100 *cum heres morietur*, c'est subordonner le legs à la survie du légataire; il y a donc ici une véritable condition. Si au contraire je lègue 100 à Titius pour le jour de sa mort, il n'y a plus rien de conditionnel; l'incertitude ne porte que sur la date du décès (6).

Le legs est nul lorsque le *dies cedens* est postérieur à la mort de l'héritier ou du légataire. On estime que, pour être transmissible, le droit doit reposer, au moins un instant de raison, sur la tête du créancier ou du débiteur. On annule même le legs fait pour la veille de la mort de l'héritier. Cette règle, que Gaius trouvait déjà excessive, a été écartée par Justinien : le legs *post mortem heredis* ou *legatarii* est désormais valable (7).

2. *Dies veniens.* — L'acquisition du legs devient définitive au plus tôt lors de l'adition de l'hérédité : c'est le *dies veniens*. Elle peut être retardée par un terme ou une condition.

(1) Si par exemple un legs *p. d.* est fait à un fils de famille ou à un esclave qui est passé sous la puissance d'un autre chef entre le décès du testateur et l'événement de la condition, ce legs profite au *paterfamilias* actuel et non à celui qui avait la puissance lors du décès (Ulp., *eod.*, 14, 3). C'est une différence avec la stipulation : Paul. *D.*, XLV, 1, 78 pr.; Pomp., *D.*, L, 17, 18. Cf. Bufnoir, p. 296; 330.

(2) Paul, *D.*, XXXV, 1, 65.

(3) Paul, *h. t.*, 21 pr.

(4) Pompon., *D.*, XXXV, 1, 1, 2. Cf. Appleton, *Rev. gén.*, 1926, p. 171.

(5) Ulp., *h. t.*, 4; Papin., *D.*, XXXV, 1, 79 pr., 1.

(6) En pratique, cette distinction aboutit à un résultat peu satisfaisant : elle tend à rendre le legs caduc lorsqu'il y a chance que le légataire n'ait pas de son vivant la faculté de se mettre en possession de l'objet légué. Mais il peut en être de même dans un legs à terme certain : le légataire peut mourir avant l'échéance. Aussi paraît-il probable que cette distinction remonte à l'époque où l'on s'attachait étroitement aux formules employées par le testateur. Il a paru difficile d'interpréter comme un terme ordinaire une clause qui imposerait à un moribond l'obligation de faire un payement; on a préféré lui attribuer un sens plus raisonnable, celui de subordonner le legs à la survie du légataire.

(7) Gaius, II, 232. Just., *C.*, VI, 37, 26; VIII, 38, 11.

Le legs comporte les modalités suspensives et même, depuis Justinien, les modalités extinctives (1). Les règles sur les conditions apposées à un legs sont analogues à celles qui s'appliquent aux institutions d'héritier (p. 694). Il y a toutefois une règle qui d'abord a été établie pour les legs et qui n'a vraisemblablement été étendue aux institutions que sous Justinien : c'est la règle relative au legs fait sous une condition négative qui dépend de la volonté du légataire (*si in Capitolium non ascenderit*). Cette condition étant susceptible de s'accomplir jusqu'au décès, le legs ne devrait être acquis au légataire qu'au moment de sa mort. Mais on a pensé qu'il serait contraire à l'intention du testateur de lui en refuser la jouissance immédiate, s'il promet sous caution de ne pas contrevenir à la condition. Cette interprétation proposée par Q. Mucius Scævola a été acceptée par la jurisprudence. La caution fournie par le légataire a reçu le nom de *caution Mucienne* (2).

Au moment du *dies veniens*, le légataire acquiert le legs de plein droit, même à son insu ; mais il a le droit de refuser la libéralité qui lui est faite (3). Le refus ne peut être partiel (4).

Si le légataire est mort laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux peut, en ce qui le concerne, prendre le parti qu'il veut. Le légataire à qui l'on a fait deux legs distincts peut également accepter l'un et répudier l'autre, à moins que l'un d'eux ne soit grevé d'une charge (5). Le légataire qui renonce est censé n'avoir jamais acquis l'objet légué ; cet objet sera réputé avoir toujours appartenu à l'héritier (6).

§ 8. **Droits du légataire.** — Au début de l'Empire comme sous la République, la nature du droit acquis au légataire dépend de la forme du legs. Le legs *p. v.* confère un droit réel sanctionné par la revendication ; le legs *p. d.* et le legs *sinendi modo* confèrent un droit de créance sanctionné par l'action *ex testamento*. Depuis le Sc. Néronien, on peut, toutes les fois qu'on y a avantage, transformer en legs *p. d.* tout autre

(1) *C.*, VI, 37, 26. Cf. p. 394, 3.

(2) Ulp., *D.*, XXXV, 1, 7 pr. ; Pap., *eod.*, 72, 1 ; 73 ; XXXI, 76, 7. Cas où la caution n'est pas admise : Jul., *D.*, XXXV, 1, 106 ; Pap., *eod.*, 77, 1-2 ; 101, 3.

(3) Gaius, II, 195. C'est l'opinion des Sabiniens. Les Proculiens exigeaient, comme pour l'hérédité, l'acceptation du légataire : analogie contestable, car l'acquisition n'entraîne pas ici de charge corrélative. Jusqu'à l'acceptation, l'objet légué *per vindicationem* était une *res nullius* ; même décision, si le legs était conditionnel (Gaius, II, 200). D'après les Sabiniens, au contraire, l'objet légué était la propriété de l'héritier jusqu'à l'arrivée de la condition. Ces divergences s'expliquent : il n'était pas facile de concilier l'idée d'une attribution directe de la propriété au légataire p. v. avec le principe nouveau que l'hérédité repose tout entière sur la tête de l'héritier. Les Sabiniens, suivant leur habitude, prirent le parti le plus simple : ils conservèrent à ce legs son ancien effet, en le subordonnant à l'adition ; l'héritier qui accepte ratifie la libéralité faite directement par le testateur. Les Proculiens trouvaient étrange que la propriété passât directement au légataire sans solution de continuité, alors qu'il en était autrement des biens héréditaires. Ces biens étaient *res nullius* jusqu'à l'adition ; les biens légués p. v. devaient également rester *res nullius* jusqu'à l'acceptation du légataire. Lorsque, au IIe siècle, la personnalité de l'hérédité jacente fut admise, l'objection des Proculiens perdit sa raison d'être. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XXXI, 223.

(4) Paul., *D.*, XXXI, 4. Le légataire ne peut refuser le legs avant l'arrivée du *dies veniens*. Pomp., *eod.*, 45, 1.

(5) Paul., *D.*, XXXI, 4 ; 5 ; Pomp., XXX, 38 pr.

(6) Ulp., *D.*, XXX, 44, 1 ; cf. *D.*, XXXVIII, 5, 1, 16 ; Marc., *D.*, XXXIV, 5, 15. C'est un autre avantage de la doctrine des Sabiniens.

legs valablement fait. Un légataire *p v.* peut donc exercer à son choix l'action personnelle *ex testamento* ou la revendication (1). L'action réelle peut être écartée, soit par les créanciers de la succession, grâce à la séparation des patrimoines, soit à la demande de l'héritier pour sauvegarder le droit à la quarte.

Le légataire, qui a fait reconnaître son droit, doit demander à l'héritier la délivrance du legs (2) : il ne peut sans son assentiment se mettre en possession. Le Préteur protège le *bonorum possessor* contre les actes d'usurpation commis par des tiers qui s'emparent de biens héréditaires *pro legato*; il lui accorde l'interdit *quod legatorum* (3)

1. Garanties accordées aux légataires. — Le légataire *per damnationem*, n'ayant qu'un droit de créance, est exposé aux risques résultant de l'insolvabilité de l'héritier (4). Cette insolvabilité peut être actuelle ou future. La jurisprudence a protégé le légataire contre l'insolvabilité actuelle de l'héritier, en lui accordant le bénéfice de la séparation des patrimoines. Le Préteur le protège contre l'insolvabilité future par la *cautio legatorum* (5). A partir du IIIe siècle, on permit au testateur de conférer au légataire une sorte d'hypothèque (p. 668).

Tout légataire, dont le droit ne peut être immédiatement ramené à exécution par suite d'un terme, d'une condition ou d'un retard quelconque provenant du fait de l'héritier (6), peut exiger de l'héritier une promesse personnelle garantie par des cautions (7). Ce n'est pas là d'ailleurs une règle d'ordre public : le testateur peut dispenser l'héritier de fournir caution (8). Lorsque les fidéicommis devinrent obligatoires, la jurisprudence étendit au fidéicommissaire le bénéfice de la *cautio legatorum* (9).

Si l'héritier refuse de se conformer à l'Édit, le Préteur rend un décret d'envoi en possession au profit du légataire, si minime que soit

(1) Jul., *D.*, XXX, 84, 13; Paul, *eod.*, 85; Afr., *eod.*, 108, 2.

(2) Pour la responsabilité des fautes commises par l'héritier, cf. p 603, 6.

(3) Ulp., *D.*, XLIII, 3, 1, 2 : *Æquissimum Prætori visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis.* Cet interdit a été d'abord refusé à l'héritier civil. Lenel (II, 362; *Mél. Girard*, II, 63) invoque en ce sens, contrairement à Lotmar (*Sav. Z.*, XXXI, 129), *Vat. fr.*, 90, Paul, *D.*, XLIII, 3, 2, 1; il considère comme interpolés les textes qui attribuent cet interdit à l'héritier. Il semble cependant difficile d'admettre une interpolation dans Dioclétien (*C.*, VIII, 3, 1, 1) qui statue *secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est.* Peut-être l'extension à l'héritier est-elle antérieure à cet empereur. Cf. Voigt, II, 840. E Perrot, *L'exercice de l'interdit* quod legatorum *par l'héritier civil*, 1912.

(4) Seul le légataire de libération n'a rien à craindre, *quia habet penes se legatum.* Ulp., *D.*, XXXVI, 4, 1, 2.

(5) L'édit existait à la fin de la République : Ofil., ap. Ulp., *D.*, XXXVI, 3, 1, 15.

(6) Ulp., *D.*, XXXVI, 4, 1, 4; 2; Paul, *h. t.*, [*D.*, XXXVI, 3], 15 pr. Cf. p. 748, 7.

(7) Ulp., *h. t.*, 3, 1 pr.; *D.*, XXXVI, 4, 3, 3. L'héritier peut aussi constituer une hypothèque sur sa propre chose. Lorsque le légataire est un fils de famille et que le legs est conditionnel, la fidéjussion ou l'hypothèque est caduque si le père meurt ou si le fils est émancipé avant l'événement de la condition. (Paul, *D.*, XX, 1, 28. Cf. *D.*, XLV, 1, 132, 1. Pap., *eod.*, 47, 3 dont la fin est interpolée). Le légataire ne peut s'en prévaloir parce que le droit qui résulte de la fidéjussion ou de l'hypothèque a été acquis à son père; celui-ci ne peut pas l'exercer parce que le droit au legs ne naît pas à son profit.

(8) Marc., *h. t.*, 12; cf. M. Aur., *C.*, VI, 54, 2 et 7. Zénon dispensa les père, mère, frères ou sœurs (*C.*, VI, 59, 6). Le fisc fut de tout temps dispensé (Ulp., 1, 18).

(9) Ulp., *h. t.*, 14 pr.

la valeur du legs. C'est la *missio legatorum servandorum causa* qui, en cas de résistance, est sanctionnée par un interdit (1). Le légataire acquiert la détention des biens héréditaires; il en a la garde et la surveillance. Il peut même, en certains cas, prélever sur les biens ce qui est nécessaire à sa nourriture : cette faveur appartient à la fille, petite-fille ou arrière-petite-fille, à la femme du testateur, lorsqu'elles ne sont pas mariées et n'ont pas de biens personnels (2).

Caracalla fortifia le droit du légataire en l'autorisant à demander l'envoi en possession des biens propres du débiteur si, dans les six mois de la demande en justice, le legs n'a pas été payé. Le légataire a le droit de percevoir les fruits jusqu'à concurrence du montant de sa créance (3).

2. Réformes de Justinien. — Les legs et fidéicommis ont une sanction commune très énergique : tout légataire peut, suivant son intérêt, choisir entre trois actions, une action réelle, une action personnelle, une action hypothécaire. C'est pour cela que Justinien a ramené à l'unité les quatre espèces de legs. Il a voulu renforcer la situation des légataires qui n'avaient qu'un droit de créance : en cas d'insolvabilité de l'héritier et à défaut de cautions ou d'une hypothèque testamentaire, ils n'avaient que la ressource de la séparation des patrimoines ; et encore cette procédure longue et compliquée ne les protégeait pas contre les aliénations consenties par l'héritier avant la demande et pouvait être écartée par des fins de non-recevoir (4). L'*action réelle* va plus droit au but, tout en étant plus efficace. Elle permet aussi de réclamer les fruits à partir du *dies cedens*, à moins que l'héritier n'ait ignoré le legs, tandis que par l'action personnelle le légataire ne pourrait exiger les fruits que depuis la *litis contestatio* ou la mise en demeure.

Mais il y a des cas où l'action réelle n'est pas possible : ce sont ceux où le légataire ne peut être considéré comme propriétaire, par exemple si le legs a pour objet un fait, une créance, la chose d'autrui, des quantités, la libération d'une dette. Puis, l'*action personnelle* est parfois plus avantageuse : la responsabilité du défendeur y est plus étendue. Le grevé est tenu de l'inexécution résultant de son dol ou de sa faute lourde ; il répond même de la faute légère, lorsqu'il retire un profit de la succession. A son tour il a le droit de se faire tenir compte de ses impenses nécessaires. Enfin l'action personnelle est seule possible lorsque le grevé s'est mis, par son fait, hors d'état d'exécuter, par exemple si en disposant de la chose, il l'a mise hors du commerce.

En accordant au légataire l'option entre l'action réelle et l'action personnelle, Justinien a généralisé un droit qui, depuis le Sc. Néronien, appartenait au légataire *p. v.* En lui concédant une *action hypothécaire,* il a sous-entendu la clause d'hypothèque qu'on avait l'habitude d'insérer dans les testaments ; il lui confère une hypothèque sur tous les biens de la succession (p. 668, 4). Cette hypothèque prend

(1) Callistr., *D.*, XXXVI, 4, 13 ; Ulp., *eod.*, 5, 27.
(2) Ulp., *eod.*, 5 pr., 6 ; 5, 22 ; Lab., *eod.*, 14.
(3) Ulp., *eod.*, 5, 16 et 21.
(4) P. 745. *C.*, VI, 43, 1 : *Inextricabiles circuitus, scrupulosae ambages.*

rang du jour de l'adition; elle est opposable aux tiers qui ont acquis un droit réel depuis cette époque. — Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, l'action hypothécaire se divise comme l'action personnelle; elle ne peut être exercée contre chacun pour une part supérieure à celle dont il est tenu en vertu de l'action personnelle (1).

Ces voies de recours multiples auraient dû être suffisantes si, au VIe siècle, la société avait été dans un état normal. Mais une mesure prise par Justinien prouve qu'il se défiait autant de la bonne volonté de l'héritier pour acquitter les legs que du zèle des magistrats pour l'y contraindre. Fatigué de recevoir sans cesse des requêtes de légataires qui se plaignaient de ne pouvoir obtenir l'exécution de leurs legs, il décide que désormais toute personne qui n'acquittera pas les legs, fidéicommis, donations à cause de mort, mis à sa charge, recevra du magistrat un avertissement; puis à défaut d'exécution dans le délai d'un an, elle sera déchue de tous les avantages que lui conférait le testament et en outre, si elle est héritière, du droit à la quarte Falcidie (2). Dans ce dernier cas, la loi appelle à la succession, en ses lieu et place, des personnes gratifiées par le même testament (3), ou à défaut les héritiers ab intestat, puis le fisc; mais à condition de promettre d'exécuter les volontés du défunt (4). Voilà bien des dérogations au droit commun : l'attribution de la qualité d'héritier à des gratifiés à titre particulier ou à des esclaves affranchis méconnaît la volonté du testateur; il en est de même de la déchéance prononcée contre l'héritier. Ce sont des mesures graves qu'une nécessité impérieuse peut seule justifier. Aucune loi peut-être ne montre d'une façon plus éclatante le désordre social et administratif qui régnait à cette époque.

§ 9. **Objet des legs.** — Un legs peut avoir pour objet, soit la propriété d'un corps certain, une chose à choisir parmi plusieurs autres,

(1) Cette règle n'est pas contraire au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque : l'hypothèque légale du légataire garantit, non pas une dette du défunt, mais une dette des héritiers. Cette dette a été, dès l'origine, divisée entre eux ; il y a autant de dettes que d'héritiers, et, par suite, autant d'hypothèques. — La règle sera-t-elle modifiée après le partage des biens héréditaires? On l'a soutenu en faisant remarquer que le partage à Rome a le caractère d'un échange : chaque cohéritier est considéré comme l'ayant cause de ses cohéritiers pour la part des objets compris dans son lot qui excède son droit héréditaire. Mais cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Si Justinien dit que, *in omnibus casibus*, on ne pourra, par l'action hypothécaire, réclamer plus que par l'action personnelle, c'est que l'hypothèque est née divisée; la loi a entendu affecter à la garantie du légataire la portion de biens qui tombera dans le lot de chacun des héritiers. Cette interprétation, présentée au XVIe siècle par Doneau, était rejetée par la majorité des anciens auteurs qui s'en tenaient au principe de l'indivisibilité absolue de l'hypothèque. C. civ., 1017, a consacré leur manière de voir, mais on s'accorde à critiquer cet article : il est contraire au principe que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que la créance qu'elle garantit (PLANIOL, *Traité*, III, n° 2796).

(2) Nov., 1 pr., c. 1. Quelques auteurs pensent que la règle s'applique seulement au cas où l'héritier ne fait pas adition, mais la loi est générale : elle vise ceux qui *appetunt bona et accipiunt, nec jussa exsequuntur*.

(3) Dans l'ordre suivant : 1° substitués vulgaires; 2° cohéritiers ; 3° fidéicommissaires universels; 4° légataires; 5° esclaves affranchis (c. 11).

(4) Si le grevé est un légitimaire, il conserve son droit à la quarte, mais il perd le droit d'exiger ce qui lui a été laissé en sus; l'excédent profite à ses cohéritiers qui ont fait adition; sinon aux mêmes personnes que dans le cas précédent et sous la même condition.

un genre (1); soit un droit réel sur la chose d'autrui, une créance ou une dette, une *universitas juris* (2), un droit viager.

1. Legs d'un corps certain. — Le legs d'un corps certain peut s'appliquer à un objet appartenant au testateur, à l'héritier ou à un tiers. Si l'objet est au testateur, il doit être livré dans l'état où il est lors du *dies cedens* : le légataire peut donc recevoir plus ou moins qu'il n'était dans la pensée du testateur de lui donner lors de la confection du testament; il profite des accroissements et améliorations (3); il souffre des diminutions et détériorations postérieures. Son droit peut même s'éteindre, si la chose a été transformée (4). Même règle pour le legs d'une *universitas rerum*, comme un troupeau (5).

Le *legs de la chose d'autrui* n'est valable que si le testateur a su que la chose était à autrui (6) : l'héritier doit acquérir la chose pour la remettre au légataire; s'il n'y parvient pas, il doit lui en payer la valeur (7). Si le testateur a ignoré que la chose fût à autrui (8), l'héritier n'est pas tenu d'acheter la chose : on n'a pas voulu lui imposer une charge dont le testateur n'a pas mesuré la portée. Cette distinction ne s'applique pas lorsque la chose léguée appartient à l'héritier, car ici le grevé n'a pas à se procurer la chose. Par exception, le legs de la chose d'autrui est valable, même en cas d'erreur, s'il est fait à un des proches du testateur ou à sa femme (9) : on présume que le testateur n'aurait pas hésité à imposer cette charge à son héritier, quelque lourde qu'elle pût être.

2. Legs d'option. — Le testateur peut léguer le choix entre plusieurs objets déterminés (legs d'option) ou un objet à prendre dans la succession parmi plusieurs autres d'une même espèce, par exemple un de ses esclaves. Dans les deux cas, le légataire doit faire un choix, mais, dans

(1) Le légataire évincé a-t-il un recours contre l'héritier ? Si l'objet légué est un corps certain, l'héritier est libéré en le délivrant tel qu'il est (Pomp., *D.*, XXX, 45, 2). Si c'est une chose in *genere*, il reste tenu envers le légataire, car il n'a pas rempli son obligation de transférer la propriété (Lab., *D.*, XXXII, 29, 3).

(2) Tel est le legs de pécule. L'exécution de ce legs présente une difficulté quant aux créances et aux dettes qui ne se transmettent pas à titre particulier : l'héritier doit promettre au légataire de lui céder ses actions; le légataire, promettre à l'héritier de lui rembourser le montant des dettes qu'il acquittera (Ulp., *D.*, XV, 2, 1, 7; Paul, *D.*, XXXIII, 8, 5; Marc., *eod.*, 18).

(3) Jav., *D.*, XXXI, 39; Pomp., *D.*, XXXII, 16; XXX, 24, 2.

(4) Pomp., *D.*, XXX, 8 pr.; Florent., *eod.*, 116, 4; Marcel., *D.*, XXXIV, 2, 6, 1.

(5) Jul., ap. *Inst.*, II, 20, 18.

(6) Anciennement, on ne se préoccupait pas de l'intention du testateur : la validité du legs de la chose d'autrui dépendait de la formule employée. Fait *per damnationem*, le legs était valable; il était nul, s'il avait eu lieu *per vindicationem*. Depuis le Sc. Néronien, le choix de la formule est indifférent : on a dû rechercher l'intention du testateur. D'après C. civ. 1021, ce legs est toujours nul.

(7) Ulp., *D.*, XXX, 39, 7; *Inst.*, II, 20, 4. Cf. p. 315, 3.

(8) D'après Neratius le legs est présumé valable jusqu'à preuve du contraire; l'héritier écarte la demande du légataire par une exception de dol en prouvant que le testateur croyait que la chose était à lui (Pap., *D.*, XXXI, 67, 8). Mais d'après Marcien (*D.*, XXII, 3, 21), dont l'opinion a été consacrée par Justinien (*Inst.*, II, 20, 4), le légataire doit prouver que le testateur savait que la chose n'était pas à lui. Tant que cette preuve n'est pas faite, on présume que le testateur a choisi la formule *per vindicationem* parce qu'il se croyait propriétaire de la chose. Cette solution a été étendue au legs *per damnationem* bien qu'il n'y eût pas même raison de décider. On a transformé dans tous les cas la question de droit en une question de fait. Cf. Gérardin, *N. R. H.*, XI, 718.

(9) Alex., *C.*, VI, 37, 10.

le premier seulement, ce choix lui est imposé par une clause expresse : *optato, elegito* (1); aussi ce legs s'interprète-t-il à la lettre : le légataire seul peut exercer le choix. Dans le second cas, ses héritiers peuvent l'exercer à sa place (2). Cette règle aurait pu donner lieu à des abus : en tardant à faire un choix, le légataire mettait l'héritier dans l'impossibité de disposer d'aucun des objets désignés par le testateur : dans l'usage le magistrat fixait un délai, passé lequel il refusait au légataire toute action en justice. Le choix, une fois fait, est irrévocable (3).

Sous Justinien, l'option n'est plus essentiellement personnelle : s'il y a désaccord entre les légataires, on tire au sort celui qui doit choisir; si le choix a été confié à un tiers qui ne peut ou ne veut le faire, le légataire choisit lui-même. D'autre part, le choix n'est plus entièrement libre : il doit porter sur un objet de valeur moyenne (4).

3. Legs de genre. — Le legs d'une chose déterminée seulement dans son genre *(genus)*, comme un esclave, ne présente pas les inconvénients du legs d'option lorsqu'il est fait *per damnationem :* le choix appartient à l'héritier. Il en est autrement si le legs a été fait *per vindicationem* (5). Ce legs transférant la propriété, c'est au légataire à indiquer l'objet de son droit. Mais dans tous les cas le choix doit porter sur une chose de valeur moyenne (6).

4. Legs de créance. — Le testateur peut léguer une de ses créances *(legatum nominis)* aussi bien qu'un objet corporel. Mais ici le légataire ne devient pas créancier, car les créances ne se transmettent pas à titre particulier; le légataire acquiert seulement le droit de demander à l'héritier la cession de ses actions; plus tard on lui accorda à titre d'actions utiles les actions du créancier (7). Le légataire a droit aux intérêts aussi bien qu'au capital (8). L'héritier n'est responsable ni de l'existence de la créance, ni de la solvabilité du débiteur (9).

5. Legs de libération. — On ne peut léguer à un propriétaire sa propre chose, mais on peut léguer à un débiteur ce qu'il doit, bien qu'il en soit propriétaire (10). Le premier legs ne lui procure aucun avantage; le second le dispense d'aliéner à titre de payement l'objet de la dette (11) : c'est un legs de libération. Ce legs n'éteint pas directement la créance, car le legs n'est pas un mode d'extinction des obligations, mais il confère au légataire le droit soit de repousser par une exception la poursuite de l'héritier, soit d'agir *ex testamento* contre lui

(1) Ulp., XXIV, 16.
(2) Ulp., *D.*, XXXVI, 2, 12, 7.
(3) Jav., *D.*, XXXIII, 5, 14; Pomp., *eod.*, 6; 8 pr.; Aufid., ap. Lab., 20.
(4) *C.*, VI, 43, 3, 1.
(5) Ulp., XXIV, 14. Même distinction pour le legs fait sous une alternative (Jul., ap. Pomp., *D.*, XXXI, 11, 1; Ulp., *D.*, XXX, 34, 14).
(6) Ulp., *D.*, XXX, 37 pr. cf. C. civ. 1022. Il en est autrement dans les contrats (p. 373, 6).
(7) Jul., *D.*, XXX, 105. Cf. p. 640, 2.
(8) Scæv., *D.*, XXXII, 34 pr.
(9) Ulp., *D.*, XXX, 75, 1; XXXII, 11, 13; Paul, *D.*, XXXV, 2, 22, 4.
(10) Ulp., *D.*, XXXIV, 3, 1 pr.
(11) Anciennement le testateur léguait au débiteur la somme nécessaire pour acquitter sa dette : Paul, *eod.*, 25.

pour obtenir l'acceptilation de la dette (1). Peu importe que le légataire soit le débiteur du testateur, de l'héritier ou d'un tiers (2).

6. Legs d'une dette. — Un débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit *(legatum debiti)* : en principe, ce legs est inutile, car il ne constitue pas une libéralité pour le créancier (3). Si, par exception, il lui confère quelque avantage, il est valable : tel serait le legs pur et simple d'une dette à terme ou conditionnelle *(propter repræsentationem)* (p. 770, 6). Le legs reste valable alors même que le terme ou la condition se réaliserait du vivant du testateur (4) : l'intention libérale subsiste. Le *legatum debiti* est nul quand il n'y a pas de dette, à moins que le testateur n'ait indiqué un objet ou une somme représentant cette dette.

Le *legatum debiti* servait parfois à déguiser une libéralité que l'on voulait faire à un incapable ou qu'on n'osait avouer (5). L'une de ses applications principales fut la *relegatio dotis* (p. 188, 6).

7. Legs partiaire. — Ce legs a pour objet une quote-part de l'hérédité, ordinairement la moitié. Le testateur partage son hérédité en deux fractions égales, l'une pour le légataire, l'autre pour l'héritier (6). Dans la plupart des cas, le gratifié est une femme (7). Si on ne lui donne pas le titre d'héritier, c'est sans doute à cause du 1er chapitre de la loi Voconia qui défendait à certains testateurs d'instituer une femme (8). Lorsque cette loi est tombée en désuétude, l'usage du legs partiaire a été généralisé (9).

L'effet de ce legs est de placer le légataire dans une position analogue à celle de l'héritier. Mais le légataire n'a pas un droit direct sur les biens héréditaires; il ne peut ni exercer l'action en partage ni la pétition d'hérédité; il ne peut ni agir contre les débiteurs de la succession, ni être poursuivi par les créanciers, car les créances et les dettes ne se transmettent pas à titre particulier : il est simplement créancier de l'héritier (10). Pour assurer l'exécution du legs partiaire, il intervenait entre l'héritier et le légataire des stipulations *partis et pro parte* par lesquelles ils se promettaient respectivement de se tenir compte, l'un de ce qu'il toucherait des débiteurs de la succession, l'autre de ce qui serait payé aux créanciers (11).

(1) P. 624, 1. Si le légataire est un codébiteur solidaire non associé, il doit se contenter d'un pacte de remise, afin de conserver à l'héritier le droit d'agir contre celui des codébiteurs que le testateur n'a pas entendu libérer (p. 625, 1; 376, 2).
(2) Pomp., *eod.*, 8 pr.; Pap., *eod.*, 24.
(3) Paul., *D.*, XXXV, 2, 1; 19. Voir cep. Marcel., *D.*, XXX, 28, 1. Cf. C. civ. 1023.
(4) C'est l'opinion de Papinien (*D.*, XXXV, 2, 5) qui a prévalu. *Inst.*, II, 20, 14; cf. Paul., *D.*, XXX, 82 pr.
(5) Scæv., *D.*, XXII, 3, 27; XXXII, 37, 6; Val. Max., VIII, 2, 2.
(6) Ulp., XXIV, 25 : *Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito.*
(7) Cic., *De fin.*, II, 17; *p. Cluent.*, 21; *p. Cæc.*, 12; *C. I. L.*, VI, 10230 (*laudatio Murdiæ*); Ulp., *D.*, L, 16, 164, 1.
(8) La loi Voconia est de 585; l'usage du legs partiaire est antérieur à l'époque où P. Mucius Scævola fut grand pontife en 631. (Cic., *De leg.*, II, 20.)
(9) Jav., *D.*, XXVIII, 6, 39 pr.; Jul., *D.*, XXX, 104, 7.
(10) Voir cep. Pomp., *D.*, XXX, 26, 2 : d'après les Proculiens, l'héritier doit une part en nature; d'après les Sabiniens, l'estimation. L'opinion des Proculiens a prévalu pour les choses qui peuvent être divisées sans dommage.
(11) Gaius, II, 254.

Sous Justinien, le legs partiaire a été confondu avec le fidéicommis d'hérédité.

8. Legs de droits viagers. — a) *Legs d'usufruit.* — Ce legs a pour objet soit un corps certain, soit tous les biens ou une part des biens du testateur (p. 333). Dans ce dernier cas, l'héritier peut, à son choix, livrer les choses mêmes ou leur estimation (1).

Le legs d'usufruit est soumis à des règles particulières quant au *dies cedens* et quant au droit d'accroissement (p. 780; 790, 9).

Le legs d'usufruit est souvent fait *in menses, vel in dies, vel in annos singulos.* Dans ce cas, il y a, non plus un legs unique, mais une série de legs ayant chacun un *dies cedens* distinct (2). Ces clauses ont pour but de diminuer les chances d'extinction de l'usufruit par la *capitis deminutio* ou par le non-usage (p. 347, 5).

b) *Legs de rente viagère* (annua legata). — Ce legs a pour objet une prestation qui doit être effectuée chaque année, pendant la vie du légataire, par exemple, *quoad vivet X aureos* (p. 400). Il ressemble au legs d'usufruit en ce qu'il finit à la mort du légataire. Il en diffère en ce qu'il ne s'éteint pas par la *capitis deminutio*, en ce que l'héritier du légataire, mort au début d'une année (3), profite du legs de cette année (4), tandis que l'héritier d'un usufruitier n'a pas droit aux fruits non encore perçus.

Bien différent est le legs d'un capital à payer par annuités pour alléger la charge de l'héritier. Ce legs reste soumis à la règle générale : le *dies cedens* se place à la mort du testateur; si le légataire survit à cette époque, le droit aux annuités non échues se transmet aux héritiers (5).

c) *Legs d'aliments.* — Ce legs, qui a pour but de subvenir à l'entretien du légataire, jouit de divers privilèges. Il est réputé viager même s'il est fait à un enfant (6); il n'est pas soumis à la réduction d'après la loi Falcidie (7); il peut être fait au profit d'un condamné aux mines (8); la transaction sur un legs d'aliments n'est valable qu'avec l'*auctoritas* du Préteur (9).

§ 10. **Charges imposées aux légataires.** — Un legs est souvent grevé d'une charge au profit d'un particulier ou d'une personne juridique (temple ou cité) : c'est un legs *sub modo.* Le bénéficiaire n'est pas assi-

(1) Cic., *p. Cæc.*, 4; Scæv., *D.*, XXXIII, 2, 32, 1 et 8; 37.

(2) Ulp., *D.*, VII, 3, 1 pr. Il en est de même du legs fait à deux personnes *alternis diebus* (Marcel., *ibid.*), ou *annis* (Pap., *D.*, VII, 4, 2 pr.).

(3) Les *Veteres* s'étaient demandé si le *dies cedens* ne devait pas se placer plutôt à la fin de chaque année : l'opinion contraire prévalut. Ulp., *D.*, XXXVI, 2. 12, 1.

(4) Mod., *D.*, XXXIII, 1, 5; Gaius, *eod.*, 3. L'objet du legs peut varier à chaque annuité. Jul., *D.*, XXXVI, 2, 11.

(5) Jul., ap. Marc., *eod.*, 20; Pap., *eod.*, 26, 2.

(6) Ulp., *D.*, XXXIV, 1, 14 pr. Mela avait émis un avis plus sage : le legs fait à un enfant n'était dû que jusqu'à la puberté. Son opinion n'a pas prévalu, à moins d'intention contraire du testateur. S'il est fait jusqu'à la puberté, il dure jusqu'à 18 ans pour les garçons, 14 ans pour les filles (*Ibid.*, 14, 1).

(7) Scæv., *D.*. XXXV, 2, 25, 1. La fin du texte est interpolée.

(8) Paul, *D.*, XXXIV, 1, 11. On peut aussi léguer de l'eau, p. 328, 4.

(9) P. 506, 3. Le Préteur doit faire une enquête *de causa, de modo, de persona. D.*, II, 15, 8, § 8, 17. 23). Le legs d'aliments fait à un affranchi est révocable pour ingratitude. Scæv., *D.*, XXXIV, 1, 18, 5.

milé à un légataire ; il n'a pas le droit d'agir en justice en vertu du testament, car il est de principe qu'un legs ne peut être imposé qu'à l'héritier. Mais il appartient au magistrat d'assurer l'exécution des volontés du testateur. Deux procédés sont possibles : *a*) refuser toute action au légataire pour obtenir la délivrance de son legs tant qu'il n'aura pas promis sous caution d'exécuter la charge qui lui est imposée. On peut aussi accorder à l'héritier une exception de dol pour écarter la poursuite : le légataire agit contre la bonne foi en ne se conformant pas à la volonté de celui qui l'a gratifié (1) ; *b*) user de contrainte envers le légataire par les moyens dont le magistrat dispose : amende, saisie d'un gage (2). — Pour prévenir toute difficulté, le testateur avait un moyen très simple d'assurer l'exécution du *modus*, c'était d'en faire une condition du legs : le droit du légataire ne prenait naissance qu'au moment de la réalisation de la condition (3).

§ 11. **Accroissement entre colégataires.** — 1. Ancien droit. — Une même chose peut être léguée à plusieurs soit conjointement, soit avec un ordre de préférence. L'accroissement trouve son application dans le premier cas, la substitution dans le second. On ne s'occupera ici que de l'accroissement (4). En principe, le défaut du légataire profite au grevé (5). Mais lorsqu'une même chose a été léguée à plusieurs, la part du défaillant profite à ses colégataires, en vertu du droit d'accroissement ; elle profite même à l'héritier d'un colégataire qui avait recueilli sa part : l'accroissement a lieu *portionis portioni* (6).

Le droit d'accroissement a pour fondement la volonté du testateur. Il s'applique toutes les fois qu'il est prouvé que le testateur a donné aux colégataires une vocation éventuelle à la totalité de l'objet légué. Si cette preuve ne résulte pas directement des dispositions du testament, il y a lieu de rechercher quelle a été la pensée de son auteur. Voici les règles d'interprétation posées par la jurisprudence :

a) Dans les legs translatifs de propriété *(per vindicationem* ou *per præceptionem)*, l'accroissement a toujours lieu. Chacun des colégataires est réputé avoir reçu vocation au tout ; peu importe qu'il soit désigné dans la même phrase *(conjunctim)* ou, ce qui est plus fréquent, dans des phrases séparées *(disjunctim)* (7).

b) Dans les legs de créance *(per damnationem* ou *sinendi modo)*, l'accroissement n'a jamais lieu. Chacun des colégataires est réputé avoir une créance distincte : c'est l'application de la règle générale en matière d'obligations ; l'héritier est tenu envers les colégataires, comme s'il

(1) Tryph., ap. Jav., *D.*, XXXV, 1, 40, 5 ; Jul., *D.*, XL, 5, 48. En cela le *modus* se rapproche du fidéicommis (Gord., *C.*, VI, 45, 2).
(2) Scæv., *D.*, XXXIV, 2, 38, 2 : *compellere*.
(3) Tel est le cas d'un legs de liberté fait à un esclave à charge de payer une certaine somme à l'héritier (p. 95, 6 ; cf. Jul., *D.*, XXVIII, 5, 38, 1). Nombreux exemples dans Pernice (*Labeo*, III, 40). Le testateur pouvait aussi imposer une amende au profit d'une cité ou d'un temple (*C. I. L.*, II, 4514 ; XI, 1436).
(4) Pour les substitutions, cf. Marcel., *D.*, XXXI, 51 pr. ; Pap., *eod.*, 77, 13 ; Carac., *C.*, VI, 37, 6.
(5) Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXI, 60 ; Marcel., *eod.*, 17 pr.
(6) Jul., *D.*, XXXV, 1, 26, 1. Cf. en cas de consolidation, *Vat. fr.*, 83.
(7) Cels., *D.*, XXXII, 80 : *Conjunctim legari hoc est : tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* ; Gaius, II, 199, 223 ; Ulp., XXIV, 12.

était leur débiteur en vertu d'un contrat (1). Cette créance porte soit sur une part de la chose si le legs est fait *conjunctim,* soit sur la chose tout entière s'il est fait *disjunctim.* Dans le premier cas, l'héritier doit à chaque colégataire une part de la chose; dans le second, il lui doit la chose même ou un équivalent pécuniaire (2). Si l'un des colégataires fait défaut, la charge de l'héritier est allégée (3).

2. Lois caducaires. — Les règles sur l'accroissement ont été modifiées par les lois caducaires : *a*) la part du colégataire défaillant est réputée caduque et attribuée de préférence aux colégataires conjoints qui ont des enfants sans distinguer entre le legs de propriété et le legs de créance. Sont colégataires conjoints ceux qui ont été réunis dans une même phrase du testament *(conjunctio re et verbis* ou *verbis tantum).* Il y eut cependant quelque hésitation pour ceux qui sont appelés à une part distincte *(conjunctio verbis tantum)*; car c'est ne tenir aucun compte de la volonté du testateur que d'attribuer la part caduque au colégataire. On s'accorda à préférer le colégataire conjoint *re et verbis* à tout autre. A défaut de colégataire conjoint ayant des enfants, la part caduque est attribuée aux héritiers qui ont des enfants; subsidiairement, à un légataire gratifié par le même testament et qui a des enfants (4). Aucune préférence n'est accordée au colégataire appelé par une clause séparée à la totalité de la chose léguée *(conjunctus re tantum)*; *b*) l'accroissement a lieu *cum onere*. Le légataire qui recueille une part caduque est tenu des charges spécialement imposées au défaillant : il est en quelque sorte substitué à son colégataire (5). Autrefois l'accroissement avait lieu *sine onere*, parce que le colégataire recueillait la part vacante en vertu d'un droit propre (6).

Les modifications, apportées au droit d'accroissement par les lois caducaires, n'ont pas été appliquées au legs d'usufruit. Il était impossible d'attribuer ici la part caduque à une autre personne qu'au colégataire sans dénaturer l'objet du legs : l'usufruit est tout différent suivant qu'il repose sur une tête ou sur une autre. On a donc continué à appliquer à ce legs les règles anciennes sur l'accroissement (7).

Le legs d'usufruit présente une autre particularité. L'usufruit étant intransmissible, la part qui devient libre soit par le défaut du colégataire, soit à son décès, soit parce qu'il l'a perdue par non-usage, profite toujours au colégataire, conjoint ou non. Cette règle a été admise, non sans quelque protestation (8), alors même que ce colégataire aurait perdu sa part, par exemple pour cause de *plus petitio* (9).

(1) *Vat. fr.*, 85 : *Damnatio partes facit;* cf. Jul., *eod.*, 87; *Inst.*, III, 27, 5.

(2) Gaius, II, 205. Pour le legs *sinendi modo*, l'héritier était, d'après quelques jurisconsultes, libéré dès que l'un des colégataires avait pris possession de l'objet légué; l'héritier devait *patientiam præstare*, et rien de plus (Gaius, II, 215).

(3) Ulp., XXIV, 13.

(4) Gaius, II, 206-208. Paul, *D.*, L, 16, 142; XXXII, 89.

(5) Ulp., XVII, 3.

(6) Jul., *D.*, XXXV, 1, 30. Il en est autrement lorsque la charge pèse sur le legs tout entier (Jav., *eod.*, 54, 1).

(7) Ulp., *D.*, VII, 2, 1 pr.; Paul, III, 6, 26; *Vat. fr.*, 75 et 85.

(8) Plaut., Cels., Jul., *Vat. fr.*, 77. Atilicinus, Vindius, *ibid.*

(9) Jul., ap. Pap., *D.*, VII, 1, 33, 1; Paul, *D.*, XLIV, 2, 14, 1 : *Quia ususfructus non portioni sed homini adcrescit.* Ulp., *D.*, VII, 2, 11.

3. Droit de Justinien. — Depuis l'abrogation des lois caducaires, l'accroissement a lieu, comme autrefois, entre les colégataires conjoints *re et verbis* ou *re tantum;* mais il est forcé et s'opère *cum onere* dans le premier cas, il est facultatif et *sine onere* dans le second (1). Il n'y a plus accroissement entre colégataires conjoints *verbis tantum*.

II. Fidéicommis.

Le fidéicommis est une disposition à cause de mort, conçue en forme de prière (2), et dont le testateur confie l'exécution à la foi de son héritier. Il le charge de remettre à une personne déterminée, soit un objet particulier, soit l'hérédité tout entière ou une quote-part de l'hérédité. De là deux sortes de fidéicommis : le fidéicommis particulier et le fidéicommis universel.

§ 1er. **Fidéicommis particulier.** — Le fidéicommis particulier fut très anciennement usité : on en trouve l'idée première dans la *familiæ mancipatio*, faite par un citoyen qui était en danger de mort dans l'intervalle de la réunion des comices. Après l'introduction du testament *per æs et libram*, cette application perdit sa raison d'être ; on en trouva bientôt une autre : lorsqu'un citoyen, voyageant dans les provinces, désirait compléter le testament qu'il avait rédigé avant son départ, il n'avait que la ressource de prier son héritier d'exécuter ses nouvelles dispositions (3). On employa également les fidéicommis pour gratifier certaines personnes auxquelles la loi avait retiré le droit de recueillir une hérédité ou un legs : les femmes dans le cas prévu par la loi Voconia, les Latins Juniens et surtout les pérégrins (4).

Ces dispositions n'eurent pendant longtemps aucune valeur juridique. Auguste résolut de leur donner une sanction, soit parce qu'ayant accepté d'en exécuter quelques-unes, il ne voulut pas paraître s'attribuer un privilège ou se prêter à une irrégularité, soit aussi pour mettre un terme à l'indélicatesse de certains héritiers : il chargea les consuls d'assurer l'exécution des fidéicommis. Plus tard, on confia à un préteur spécial *(prætor fideicommissarius)* le soin de statuer *extra ordinem* sur les fidéicommis (5). Cette innovation fut très favorablement accueillie ; elle fit disparaître certaines entraves à la liberté de tester qui n'étaient pas en harmonie avec l'état des mœurs. Elle permit de disposer à cause de mort sans faire de testament, en grevant d'un fidéicommis les héritiers ab intestat ; de disposer au profit d'une personne incertaine ou du posthume d'autrui ; d'écarter la règle qui exige l'emploi de la langue latine, qui défend de mettre un legs à la charge d'un légataire, ou celle qui défend de léguer *post mortem heredis*. Enfin et surtout elle ne tarda pas à recevoir une application à laquelle

(1) C., VI, 51, 1, 1; 1, 11. Cf. Machelard, *Accroissement*, 293.
(2) Ulp., XXIV, 1; XXV, 1. Gaius, II, 249; Paul, IV, 1, 6. Les termes usuels sont : *peto, rogo, volo, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero, impero*, et même depuis Gordien, *relinquo* (C., VI, 45, 2).
(3) *Inst.*, II, 25 pr.
(4) Cic., *De fin.*, II, 17, 18; Gaius, II, 274, 275, 285.
(5) *Inst.*, II, 23, 1; Pomp., *D.*, 1, 2, 2, 32; *CIL.*, XII, 3163.

Auguste n'avait pas songé : elle servit à éluder les incapacités établies par les lois si impopulaires, Julia et Papia Poppæa (1).

On vit alors les dangers de l'extension prise par les fidéicommis : c'en était fait de l'observation de ces lois sur lesquelles on comptait pour régénérer le peuple romain ; c'en était fait des règles traditionnelles auxquelles les legs étaient soumis si les fidéicommis échappaient à toute réglementation. Un siècle s'était à peine écoulé qu'une réaction commença à se produire.

1. Réglementation des fidéicommis. — On étendit d'abord aux fidéicommis les incapacités qui frappaient les pérégrins (2) et les personnes visées par les lois caducaires. Le Sénat appliqua aux fidéicommis la loi Falcidie. Sous Hadrien, il annula les fidéicommis faits aux personnes incertaines (3).

Suivant l'impulsion donnée par le Sénat, la jurisprudence appliqua aux fidéicommis les règles de fond admises pour les legs, soit quant aux effets de l'accroissement, et à l'obligation de fournir caution, soit quant au droit à l'envoi en possession (4). Mais, pour les règles de forme, elle conserva les simplifications dues à l'institution des fidéicommis ; elle les appliqua même, dans une certaine mesure, aux legs : on put faire un legs par un codicille confirmé. Dès lors, la tendance fut de rapprocher les fidéicommis et les legs. Au temps de Gaius, certains jurisconsultes traitaient le fidéicommis comme un legs *per damnationem* quant aux choses qui en faisaient l'objet ; d'autres assimilaient le legs *sinendi modo* à un fidéicommis, quant aux intérêts et aux fruits dus lorsque le grevé était en demeure (5). A d'autres égards, il subsista jusqu'à Justinien de nombreuses différences (6).

2. Fidéicommis de famille. — Comme les legs, les fidéicommis peuvent être faits au profit de plusieurs personnes, conjointement ou successivement : l'une des applications les plus originales de ce dernier cas, c'est le *fidéicommis de famille*. Ce fidéicommis est fait au profit des membres de la famille que le testateur a désignés (agnats ou cognats), ou des affranchis (7). A leur mort, le fidéicommis passe à leurs enfants ; s'ils meurent sans postérité, on appelle les personnes qui portent le nom du défunt à l'époque de sa mort (8).

L'objet du fidéicommis de famille ne peut être aliéné au profit d'un étranger, ni par acte entre vifs, ni par acte à cause de mort. En cas de contravention, tout membre de la famille peut le réclamer : la préfé-

(1) Gaius, II, 270, 287, 231, 260, 277, 286.
(2) Un Sc. du temps d'Hadrien attribue ce fidéicommis au fisc (Gaius, II, 285).
(3) Gaius, II, 254, 286-287. Est nul le fidéicommis fait à un collège qui est dissous après la mort du testateur. Scæv., *D.*, XXXII, 38, 6.
(4) Ulp., *D.*, XXXI, 61, 1 ; XXXVI, 3, 1 ; 14 pr. ; XXXVI, 4, 1, 1 ; Jul., 6, 1. Cet envoi en possession est accordé *in rem* vis-à-vis d'un tiers acquéreur de mauvaise foi. Paul, IV, 1, 15. Cf. Scæv., *D.*, XXXI, 89, 7.
(5) Gaius, II, 262, 280 ; cf. Aristo, ap. Marc., *D.*. XXXII, 95.
(6) Gaius, II, 268 ; Ulp., *D.*, XXXI, 1 a été interpolé.
(7) Mod., *D.*, XXXI, 32, 6 ; Pap., *eod.*, 69. 4 ; *CIL.*, III, 656.
(8) A défaut de désignation expresse, le fiduciaire est libre de remettre le fidéicommis à celui des membres de la famille qu'il lui plaît de choisir (Pap., *D.*, XXXI, 67 pr. ; Marc., *D.*, XXX, 14, 17). Sous Justinien, à défaut du fils ou de la fille, on appelle la belle-fille ou le gendre (*C.*, VIII, 38, 5).

rence est accordée à celui qui est au degré le plus proche, s'il est prêt à promettre de restituer l'objet à la famille (1). Les membres de la famille peuvent renoncer à leur droit en participant à la vente ou en approuvant ceux qui en ont pris l'initiative (2).

3. Réformes du Bas-Empire. — Depuis l'abrogation des formules solennelles en 339 (p. 773), le legs se rapproche de plus en plus du fidéicommis. Mais le legs devait être fait par testament ou par un codicille confirmé ; il devait être écrit après l'institution d'héritier ; son efficacité dépendait de celle du testament. Le fidéicommis au contraire pouvait être fait par un codicille ab intestat ou verbalement. Pour en faciliter la preuve, Constantin exigea que les codicilles ab intestat fussent faits devant 5 ou 7 témoins; Théodose II étendit cette règle à tous les codicilles et décida que le fidéicommis non écrit serait fait devant le même nombre de témoins (3).

Justinien acheva la réforme commencée par ses prédécesseurs. La suppression des formules, alors qu'on maintenait les quatre espèces de legs, compliquait la tâche du juge : pour déterminer les effets d'un legs, il en était réduit à rechercher l'intention du testateur. Justinien décida qu'il n'y aurait qu'une seule espèce de legs.

Cette première réforme en entraîna une seconde : depuis que les legs n'avaient plus de formes propres, on était souvent en peine de les distinguer des fidéicommis. Justinien supprima la difficulté en fusionnant les deux institutions (4) : les legs qui, à bien des égards, étaient régis par le droit strict, empruntent aux fidéicommis leur nature plus souple *(pinguior natura);* on peut les faire par un codicille non confirmé. A leur tour, ils communiquent aux fidéicommis ce qu'ils ont de plus avantageux (transfert direct de la propriété, accroissement entre colégataires, etc.) (5). Enfin pour faciliter l'exercice du droit de disposer par legs ou par fidéicommis, Justinien réduit à 5 le nombre des témoins requis pour un codicille ou un fidéicommis non écrit, mais il exige leur souscription *(subnotatio).* S'il y en a moins de 5, ou si l'on a disposé sans témoins, le fidéicommissaire peut déférer le serment au fiduciaire après avoir juré qu'il n'agit pas par chicane. L'héritier qui refuse de jurer est forcé d'exécuter le fidéicommis (6).

§ 2. **Fideicommis universel.** — Le fidéicommis universel, dont l'usage s'est généralisé sous l'Empire (7), fournit un moyen d'écarter la règle *semel heres semper heres.* Cette règle, consacrée par les prudents, présentait des avantages, notamment pour les créanciers héréditaires : elle créait une situation nette, exempte de complications ; elle avait le mérite

(1) Scev., Car., ap. Marc., *D.*, XXX, 114, 14 ; Pap., *cod.*, 69, 3.
(2) Gord., *C.*, VI, 42, 11.
(3) *C. Th.*, IV, 4, 1 ; 7, 2. Au IVe siècle on exigeait 5 témoins pour le testament civil, 7 pour le testament prétorien (Isidor., *Or.*, V, 24). Depuis 439, on exige uniformément 7 témoins.
(4) *Inst.*, II, 20, 3. La fusion des legs et des fidéicommis est indiquée dans un texte classique interpolé : Ulp., *D.*, XXX, 1.
(5) *C.*, VI, 43, 1 (an. 529); 2 (an 531). La distinction subsiste pour l'affranchissement en raison de l'intention présumée du défunt : en chargeant l'héritier d'affranchir son esclave, il est réputé vouloir lui attribuer les droits de patronat.
(6) Théod., *C.*, VI, 36, 8, 3 (interpolé). Just., *C.*, VI, 42, 32.
(7) On en trouve un exemple dans Cic., *De fin.*, II, 17.

de la simplicité. A cet égard, elle porte l'empreinte du droit antique ; elle en a aussi la raideur et l'inflexibilité. Les Romains de la fin de la République en virent surtout les inconvénients. Elle se prêtait mal aux exigences d'une époque où le testament était devenu un acte aussi fréquent qu'il avait été rare autrefois, où les testateurs avaient des intérêts multiples à ménager. C'est un époux qui veut laisser sa succession à son conjoint, sans en dépouiller définitivement sa famille (1). C'est un père qui veut confier ses biens à un ami, plutôt qu'à un tuteur, pour les rendre à son fils lorsque cet enfant sera d'âge à les administrer utilement (2). C'est un parent qui désire laisser sa succession au représentant d'une branche de sa famille, à charge de la rendre à une autre personne si l'héritier meurt sans postérité (3).

Grâce au fidéicommis d'hérédité, on peut transmettre son hérédité au fiduciaire *ad diem* et la faire ensuite parvenir au fidéicommissaire *ex die*. Mais, pour réaliser cette seconde transmission de l'hérédité, la jurisprudence eut à résoudre un problème qui n'était pas sans difficulté : le fidéicommissaire n'était qu'un successeur à titre particulier ; par suite, il restait étranger aux dettes héréditaires. Cependant il n'était pas juste que le fiduciaire payât les dettes, alors qu'il devait remettre l'émolument de la succession au fidéicommissaire. Il fallut trouver un moyen de forcer le fidéicommissaire à indemniser le fiduciaire de ses déboursés. On eut recours à un expédient.

1. Vente fictive de l'hérédité. — Le grevé vend l'hérédité au fidéicommissaire pour le prix fictif d'un sesterce. Cette vente se réalise, pour les choses corporelles, par une mancipation de l'hérédité ; pour les choses incorporelles, créances et dettes, par les stipulations réciproques qui interviennent entre acheteur et vendeur d'hérédité. Le fidéicommissaire promet au grevé de l'indemniser de tout ce qu'il payera de bonne foi pour le compte de la succession ; à son tour le grevé promet au fidéicommissaire de lui restituer tout l'émolument de l'hérédité et de lui permettre d'exercer les actions héréditaires comme *procurator* ou *cognitor* (p. 749, 4).

Ce procédé, imaginé par la jurisprudence, n'était pas sans danger : il laissait le grevé exposé au risque de l'insolvabilité du fidéicommissaire. C'est ce qui avait lieu lorsque les créanciers réclamaient au grevé le payement des dettes héréditaires, alors qu'il avait restitué l'hérédité et que le fidéicommissaire était hors d'état de tenir son engagement. Mais la loi seule pouvait porter remède à cette situation, empêcher que la confiance du grevé ne fût trompée (4). A défaut du législateur, le Sénat intervint.

2. Sénatusconsultes Trébellien et Pégasien. — Le Sc. Trébellien, rendu sous Néron, le 25 août 56 (5), décida qu'après la restitution de

(1) Ulp., *h.t.*, [*D.*, XXXVI, 1], 22 pr. ; 78 pr., 10 et 14 ; Pap., 57, 2.
(2) Jav., *h. t.*, 46 ; Scæv., 78, 2 ; Paul, 74, 2.
(3) Jul., *h. t.*, 25, 2 ; Cels., 32 ; Scæv., 62 pr. ; 77 et 78, 5.
(4) *Potius quam cuique periculosam esse fidem suam* (*h. t.*, 1, 2).
(5) Le mois et le jour sont indiqués par Ulpien (*eod.*, 1, 1). La date du consulat a été fixée par de Petra, *Atti dell' Acad. dei Lincei*, s. 2. *Mem. stor.*, III, 168 ; Cf. *Hermes*, XII, 127.

l'hérédité les actions seraient données à ceux et contre ceux qui profiteraient de l'hérédité (1), et non au fiduciaire ou contre lui *(exceptio restitutæ hereditatis)*. Le fidéicommissaire fut dès lors traité comme un successeur à titre universel. Quant au fiduciaire, il devint en fait, sinon en droit, étranger à l'hérédité (2) et n'eut plus à redouter l'insolvabilité du fidéicommissaire. Ainsi fut réalisée pratiquement une innovation considérable ; la transmission d'une même hérédité à deux héritiers se succédant à un certain intervalle.

On ne tarda pas à s'apercevoir, cependant, que cette innovation était insuffisante pour déterminer le grevé à faire adition. Deux causes pouvaient l'en détourner : le défaut d'intérêt lorsqu'il était chargé de rendre toute ou presque toute l'hérédité, l'insolvabilité présumée de la succession (3). Pour écarter la première raison, le Sc. Pégasien, rendu sous Vespasien (4), attribua au grevé une quarte analogue à la Falcidie, dans le cas où il était chargé de restituer toute l'hérédité ou une fraction supérieure aux trois quarts. Pour écarter la seconde raison, le Sénat décida que, sur la demande du fidéicommissaire, le grevé serait forcé par le magistrat de faire adition (5). Si même des conditions potestatives lui ont été imposées, qui ne portent atteinte ni à son honneur ni à ses intérêts, il sera forcé de les accomplir, à moins que le magistrat ne juge préférable de l'en dispenser (6).

La combinaison des Sc. Trébellien et Pégasien donna lieu à une situation assez compliquée. Pour déterminer les rapports respectifs du fiduciaire et du fidéicommissaire, il y a lieu de distinguer plusieurs hypothèses : l'adition volontaire et l'adition forcée ; puis, dans l'adition volontaire, la période antérieure et la période postérieure à la restitution.

Un intervalle plus ou moins long sépare l'adition de la restitution. Ordinairement, la charge de rendre est imposée au grevé pour l'époque de son décès. Elle peut aussi être subordonnée à une condition, telle que le décès sans postérité : cette condition est même sous-entendue *(conjectura pietatis)*, lorsque le fiduciaire est un descendant du testateur (7).

a) *Adition volontaire*. — 1° Période antérieure à la restitution. Jusqu'à la restitution, le fidéicommissaire n'a qu'un droit de créance contre le grevé. Celui-ci est à tous égards traité comme un héritier : il doit payer les créanciers et se faire payer par les débiteurs de la succession (8). Ses créances contre le défunt, ses dettes envers lui s'éteignent par confusion (9). Il en est de même des droits réels qu'il avait

(1) Gaius, II, 253 ; Jul., *h. t.*, 28, 7.
(2) Le fiduciaire conserve certains droits qui ne sont pas transmissibles : les *iura sepulcrorum*, l'action *operarum*. Pap., *h. t.*, 55 pr.
(3) Gaius, II, 254. 258 ; Ulp., *h. t.*, 4 ; *D.*, XXXIX, 4, 17.
(4) Entre 70 et 79 : on ignore la date du consulat de Pegasus et Pusio.
(5) Gaius, II, 258. Sur les conséquences de cette adition en cas de prédécès du fidéicommissaire, voir la const. d'Antonin le Pieux (*h. t.*, 11, 2 ; 12).
(6) Gaius, *h. t.*, 63, 7 ; Maec., 7 ; Marc., 31, 2 ; Jul., 63, 10.
(7) Pap., *D.*, XXXV, 1, 102 ; ap. *C.*, VI, 42, 30 ; VI, 25, 6, 1.
(8) Jul., *h. t.*, 27, 7 ; Maec., *D.*, XLVI, 3, 104.
(9) Jul., *h. t.*, 27, 11 ; Scaev., 80 ; Paul., 59 pr.

sur les biens du défunt ou réciproquement. Mais il ne peut, sans engager sa responsabilité, disposer à son gré des biens qu'il est tenu de rendre : il doit les conserver avec les mêmes soins qu'il apporte à ses propres affaires ; il ne peut faire que les aliénations commandées par une sage administration. Exceptionnellement, on permet à la fille du testateur de prélever ce qui lui est nécessaire pour se constituer une dot (1). Quant aux fruits des biens héréditaires, ils appartiennent exclusivement au grevé, si le testateur n'en a pas décidé autrement (2) ; c'est le seul profit que lui procure la succession.

Les droits du fiduciaire sont plus étendus lorsque le fidéicommis a pour objet ce qui restera de l'hérédité à son décès *(bonorum superfluum)* : il peut ici disposer librement des biens héréditaires, pourvu qu'il agisse de bonne foi et non pour nuire au fidéicommissaire (3).

2° Période postérieure à la restitution. Le Sc. Trébellien a modifié les conditions et les effets de la restitution.

La restitution s'opère par une simple convention, expresse ou tacite, entre le grevé et le fidéicommissaire. Cette convention a ici une efficacité qui d'ordinaire est refusée à un simple pacte : elle transfère au fidéicommissaire la propriété des biens du défunt indépendamment de toute tradition (4) ; elle lui transmet également les créances et les dettes héréditaires. D'après le Sc. Trébellien, le fidéicommissaire exerce comme actions utiles les actions du défunt : il est poursuivi *utiliter* par les créanciers (5). Le Préteur a, dans son édit, complété cette innovation en promettant au fidéicommissaire une action analogue à la pétition d'hérédité *(fideicommissaria hereditatis petitio)* (6). En aucun cas la restitution ne peut avoir lieu avant l'époque ou avant l'événement de la condition fixée par le défunt. Jusque-là les actions ne seront pas données au fidéicommissaire ni contre lui (7).

Le fiduciaire ne peut plus, à dater de la restitution, ni faire valoir les droits du défunt, ni être poursuivi par les créanciers : on lui opposerait dans le premier cas, il opposera dans le second l'exception *restitutæ hereditatis*. Les droits réels, qu'il avait sur les biens du défunt et que la confusion avait éteints, revivent. Il n'en est pas de même des créances ou des dettes; mais il est autorisé à retenir sur les valeurs à restituer le montant de ce qui lui est dû ; de son côté, le fidéicommissaire exigera de lui le payement de ses dettes envers le défunt (8).

Depuis le Sc. Pégasien, la situation respective du fiduciaire et du fidéicommissaire est modifiée dans le cas où le grevé est chargé de restituer toute l'hérédité ou une fraction supérieure aux trois quarts.

(1) Nerat., ap. Ulp., *h. t.*, 23, 3-4.
(2) Ulp., *h. t.*, 19 pr.
(3) Pap., *h. t.*, 56 pr. ; 60, 8 ; cf. *D.*, XXII, 3, 2 et 3.
(4) Ulp., *h. t.*, 39 pr. ; Gaius, 65 pr. Il a la Publicienne (p. 306, 2).
(5) Il ne s'agit pas ici, comme on l'a cru pendant longtemps, d'une formule à transposition de personnes : le fidéicommissaire n'est pas une sorte de mandataire légal : il est investi d'une action fictice. Cela résulte de Theoph., II, 23, 4 (éd. Ferrini, p. 241) : cf. Lenel, I, 209.
(6) Ulp., *D.*, V, 6, 1. La formule était vraisemblablement conçue *in factum*.
(7) Gaius, *h. t.*, 10.
(8) Mæc., *h. t.*, 73, 1 ; Paul, 59 pr. ; Scæv., 80 ; Jul., 27, 11.

Le fiduciaire, ayant ici droit à la quarte, reste héritier; il a paru impossible de lui enlever ce titre dès l'instant qu'on lui accordait le droit réservé par la Falcidie aux héritiers. Dès lors, il est seul représentant du défunt à l'égard des créanciers et des débiteurs héréditaires. Le fidéicommissaire, qui subit la quarte, n'est plus *heredis loco*, mais *legatarii loco*, comme un légataire partiaire. Par suite, il devra intervenir entre le fiduciaire et lui des stipulations *partis et pro parte*. Le fiduciaire, qui renonce à la quarte, n'en reste pas moins héritier : il devra conclure avec le fidéicommissaire les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (1).

Si, au contraire, le grevé a été chargé de rendre une fraction de l'hérédité inférieure aux trois quarts, le Trébellien conserve son application : le fidéicommissaire est *heredis loco*. Les actions sont données pour partie au grevé et au fidéicommissaire ou contre eux, à l'un d'après le droit civil, à l'autre d'après le Trébellien. Les biens corporels sont indivis entre eux : le fidéicommissaire peut demander le partage par une action *familiæ erciscundæ* utile (2).

b) *Adition forcée.* — Le fiduciaire ne peut rien retenir de l'hérédité; il n'a même pas droit à la quarte (3); mais il ne doit souffrir aucun dommage en raison de l'adition qu'on lui a imposée (4). Quant au fidéicommissaire, il est ici *heredis loco* et recueille tout l'émolument de la succession. S'il n'a droit qu'à une part de l'hérédité, il profite, le cas échéant, de la part que le fiduciaire aurait recueillie par droit d'accroissement. Il peut aussi, comme l'aurait fait l'héritier, invoquer la loi Falcidie à l'encontre des légataires (5).

3. Réformes de Justinien. — Le fidéicommissaire est toujours traité comme un héritier. Pour prévenir les complications résultant de la combinaison des Sc. Trébellien et Pégasien, Justinien a abrogé le Pégasien qui donnait, en certains cas, au fidéicommissaire la situation d'un légataire. Mais il a conservé la règle qui permet de forcer le fiduciaire à faire adition et celle qui l'autorise à retenir la quarte s'il fait une adition volontaire. Le fidéicommis d'hérédité forme donc une véritable succession héréditaire; il ne se confond pas cependant avec l'institution d'héritier (6) :

a) L'effet d'une institution ne peut être limité dans le temps par une condition ou un terme extinctifs; le fidéicommis permet de faire passer la qualité d'héritier d'une tête sur une autre, alors même que le gratifié ne serait pas né au décès du disposant. Il semble, en effet, qu'on n'observe plus la règle qui défend de faire un fidéicommis au profit d'une personne incertaine, car on admet la validité des fidéi-

(1) Gaius, II, 257; Ulp., XXV, 14. Paul (IV, 3, 2) était d'un avis différent : il appliquait ici le Trébellien. Cf. Mod., *D.*, XXXV, 1, 15.
(2) Gaius, II, 255; *D.*, X, 2, 40.
(3) Afr., *h. t.*, 29, 2; Ulp., *i. f.*, 15, 4. Il peut garder ce qu'il a reçu *conditionis implendæ causa* (Paul, *D.*, XXXV, 1, 44, 5) ou ce qu'il a acquis autrement que par la volonté du défunt, comme l'hérédité laissée par un tiers à un esclave héréditaire (Jul., *h. t.*, 28, 1).
(4) *Ibid.*, 28 (27), 15.
(5) Pap., ap. Ulp., *h. t.*, 44; Gaius, 65, 11.
(6) *Inst.*, II, 23, 5-7.

commis de famille : le testateur impose à ses enfants, en les instituant, la charge de conserver les biens et de les rendre, après leur mort, à leurs propres enfants nés ou à naître; ces biens se trouvaient ainsi immobilisés. Pour couper court à cet abus, on décida que la charge de restituer ne serait plus obligatoire à partir de la quatrième génération (1). *b*) L'héritier institué peut être appelé à la totalité des biens du défunt, lorsque les légitimaires ont été exclus pour une des causes prévues par la loi, ou qu'ils ont reçu leur quarte à titre de dot ou de donation *ante nuptias;* le fidéicommissaire n'a pas plus de trois quarts si le fiduciaire fait adition volontaire. *c*) Le droit héréditaire n'est transmissible avant l'adition que dans une mesure restreinte ; le droit au fidéicommis s'ouvre à la mort du disposant ; il est dès lors transmissible. *d*) Le fidéicommis peut être fait par codicille ou verbalement ; l'institution ne peut se faire que par testament. *e*) Aucune forme n'est requise pour la révocation d'un fidéicommis (2).

III. Donations à cause de mort.

La donation *mortis causa* n'est pas, comme le legs ou le fidéicommis, un acte unilatéral : elle suppose une convention entre le disposant et le bénéficiaire. Celui-ci acquiert, sous certaines conditions, un droit qu'il ne dépend pas du donateur de lui retirer. Il n'est pas exposé, comme le légataire ou le fidéicommissaire, à un changement de volonté du donateur. Cette situation a été modifiée au Bas-Empire par suite du rapprochement opéré entre la donation *m. c.* et le legs. Mais, même à cette époque, le donateur peut renoncer, par contrat, au droit de révocation.

§ 1er. **Notion.** — La donation à cause de mort fut d'abord une libéralité faite par un malade en prévision d'une fin prochaine, mais qui devait être caduque s'il recouvrait la santé (3). On admit ensuite qu'elle pourrait être faite par une personne bien portante en vue d'un péril imminent : la donation devait être caduque si le donateur échappait au danger (4). Enfin la donation *m. c.* a été possible en dehors de tout danger : il suffit qu'elle soit inspirée par la pensée de la mort et subordonnée à la condition du prédécès du donateur (5) ou d'un tiers (6).

Cette notion a été généralisée : on estime que le donateur à cause de mort préfère le donataire à ses héritiers, mais qu'il se préfère au dona-

(1) *Nov.*, 159, c. 2.
(2) Cf. Labbé, sur Ortolan, II, 760.
(3) Paul, *h. t.*, [*D.*, XXXIX, 6], 3 : *infirmae valetudinis*. L'idée de recourir à un acte entre vifs pour disposer à cause de mort n'était pas nouvelle : on la retrouve dans la *familiæ mancipatio*. Mais le donataire *m. c.* n'est pas comme le *familiæ emptor* une sorte d'exécuteur testamentaire : il est le véritable gratifié. Cf. Ed. Cuq, *Recherches historiques sur le testament* per æs et libram, p. 48.
(4) Paul, *l. c.*; Gaius, *h. t.*, 4; Ulp., 5.
(5) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 2; Gaius, *h. t.*, 31, 2 : *quod nos quandoque morituros intelligimus;* Paul, *h. t.*, 35, 4 : *si prior ille qui accepit decesserit.*
(6) Fils, frère, cognat : Jul., *h. t.*, 18 pr.; Ulp., 8. La donation *m. c.* à un esclave, est parfaite au décès de l'esclave ou de son maître suivant que le donateur a entendu gratifier l'un ou l'autre. Paul, *h. t.*, 44; cf. pour le fils, Afr., 23.

taire (1). En cela, la donation *m. c.* diffère de la donation entre vifs : l'intention de faire une libéralité n'est pas absolue ; elle comporte une réserve. Si cette réserve fait défaut, si la donation n'est soumise à aucune chance de répétition, elle a le caractère d'une donation entre vifs, alors même qu'elle aurait été qualifiée « à cause de mort » (2). La distinction est importante, car la donation *m. c.* n'est pas soumise aux règles des donations entre vifs (loi Cincia, prohibition entre époux, insinuation). Réciproquement la donation entre vifs n'est pas soumise à la réduction d'après la loi Falcidie.

La donation *m. c.* est faite ordinairement sous la condition suspensive de prédécès du donateur (3). Parfois le donateur transfère immédiatement la propriété, à charge par le donataire de la lui retransférer en cas de retour à la santé (4).

La donation *m. c.* se rapproche du legs par la pensée qui l'inspire, par la condition de survie du donataire. Elle en diffère en ce qu'elle est indépendante du testament : on peut faire une donation *m. c.* sans faire de testament (5) ; on n'exige pas du donateur la capacité de tester. Un fils de famille peut donner *m. c.* avec l'assentiment de son père ; il ne peut faire un testament (6). La donation *m. c.* est indépendante de l'adition d'hérédité : elle est parfaite dès l'instant de la mort du donateur. Pendant longtemps elle n'a été soumise ni aux lois caducaires, ni à la loi Falcidie. Elle n'était pas nulle de plein droit lorsque le donateur devenait insolvable : ses créanciers faisaient rescinder la donation par l'action Paulienne, même si le donateur n'avait pas eu le *consilium fraudis* (7).

Ces dernières différences entre la donation *m. c.* et le legs ont été supprimées. On n'a pas voulu que la donation *m. c.* pût servir à éluder les lois caducaires (8) ou la Falcidie (9) ; on la déclare nulle de plein droit lorsque le donateur est mort insolvable (10).

(1) Marcel., *h. t.*, 13, 1 : *Sed et sic donari potest ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit, decesserit.* Marc., *h. t.*, 1.

(2) Marc., *h. t.*, 27 ; Paul., 35, 2 ; Pap., 42, 1 : *Eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.* J. Maspero, *P. Caire*, 67096, en fournit un exemple de l'an 573-574 : la donation d'une *cella*, faite par un moine à sa communauté, doit avoir effet après sa mort, mais aura la même valeur que si elle était entre vifs. Cela signifie d'abord que le donateur renonce au droit de la révoquer, puis, comme il ne peut être question d'une caducité résultant du prédécès du donataire, on peut dire que la répétition n'aura lieu en aucun cas.

(3) La donation devient parfaite au décès du donateur. Ulp., *h. t.*, 32, 7.

(4) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 8, 1.

(5) Marc., *h. t.*, 25 pr., 1. Dans deux cas, on invoque la *testamenti factio* pour accorder au fils de famille militaire ou refuser au pupille le droit de donner *m. c.* (Ulp., *D.*, XXIV, 1, 32, 8 ; XXXIX, 5, 7, 6 ; XXVII, 3, 1, 1) ; c'est un argument d'analogie que l'on fait valoir, ce n'est pas une condition requise pour donner *m. c.*

(6) Lorsque deux personnes se sont fait réciproquement une donation *m. c.* et qu'elles meurent en même temps, les deux donations sont caduques (Marc., *h. t.*, 26) ; on n'admet pas de présomption de survie. Entre époux, ces donations seraient valables depuis le Sc. de Caracalla (Ulp., *D.*, XXIV, 1, 32, 14).

(7) Jul., *h. t.*, 17.

(8) D'après un Sc. de date inconnue. Il est postérieur à Domitien, qui ne retire aux femmes de mauvaise vie que le droit de recueillir des legs et des hérédités (Suet., *Domit.*, 8), antérieur à Paul, *h. t.*, 9 ; 35 ; 37.

(9) Sev., in *C.*, VI, 50, 5.

(10) Ulp., *D.*, XXXV, 2, 66, 1.

Au Bas-Empire, la donation *m. c.* est révocable au gré du donateur. Cela est certain à l'époque de Justinien, et même au début du VIe siècle (1). Il est douteux qu'il en ait été de même en droit classique; les textes paraissent interpolés (2). L'action qui sanctionne le droit de révocation du donateur, la *condictio ex pœnitentia* ou l'action utile en revendication, est une création des compilateurs.

Justinien a accentué le rapprochement de la donation *m. c.* et du legs (3), mais l'assimilation n'a pas été complète. La donation *m. c.* est restée indépendante du testament ; elle exige un accord de volontés entre le donateur et le donataire; elle peut produire des effets du vivant du disposant; le donateur peut renoncer au droit de la révoquer (4).

§ 2. **Application.** — La donation *m. c.* paraît avoir été peu usitée au Ier siècle de notre ère (5) : la seule application qui soit connue est la donation *m. c.* entre époux (6). La donation à cause de mort n'a sans doute reçu une application assez large qu'à partir de l'époque où l'on n'a plus exigé que le donateur soit exposé à un danger imminent. En tout cas, ce n'est qu'au IIe siècle que la notion de la donation *m. c.* a été précisée par Julien. La plupart des textes du titre relatif à cette donation sont extraits de ses écrits ou s'inspirent de sa doctrine (7). La donation *m. c.* est restée en usage au Bas-Empire : on en trouve des exemples dans les pays de civilisation hellénique (8), même après Justinien (9).

(1) Le *jus pœnitendi* est mentionné dans le Bréviaire d'Alaric. Paul, III. 7, 2. Inst., II, 7, 1.

(2) Jul., *h. t.*, 16; Ulp., 30. Cf. Biondi, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, 1914, p. 48.

(3) *Inst.*, II, 7, 1 : *Ut per omnia fere legatis connumeretur*. *C.*, VIII, 57, 4. L'assimilation n'avait pas prévalu à l'époque classique, comme pourrait le faire croire Ulp., *h. t.*, 37 pr. Ce texte, extrait d'un commentaire sur les lois caducaires, n'avait pas la portée générale que lui ont donnée les compilateurs.

(4) *Nov.*, 87, c. 1.

(5) Elle existait au temps de Labéon. qui a déterminé le caractère de la stipulation *mortis causa* : il la traite comme une stipulation conditionnelle (Fest., vo *mortis causa*). Suivant certains auteurs, l'usage de cette donation serait bien plus ancien : ce serait une *mortis causa capio* (p. 773). D'après Senn, *Etudes*, I, 25, elle aurait servi à remédier à l'insuffisance du testament comitial ; elle aurait permis de disposer en tout temps, à titre particulier, des *res mancipi*. Mais il serait singulier que Gaius n'en parle pas à propos du testament par mancipation qui fut créé pour la même raison, puis il est douteux qu'on ait pu, dès cette époque, faire une mancipation sous une condition tacite. D'après Biondi, *op cit.*, 10, la donation *m. c.* était, anciennement, le seul mode de disposer à cause de mort à titre particulier; elle s'appliquait aux choses moins précieuses (*pecunia*) et se réalisait par une tradition conditionnelle. Les Douze Tables l'auraient incorporée au testament; ce serait l'origine du legs par *vindicationem*. Mod., *D.*, XXXI, 36 : *Legatum est donatio testamento relicta*. Mais le droit antérieur aux Douze Tables est trop peu connu pour qu'on puisse accepter cette conjecture; elle a d'ailleurs un défaut qui lui est commun avec la précédente : elle ne peut servir à expliquer l'usage de la donation *m. c.* sous l'Empire.

(6) Fulcinius admet la validité de cette donation, lorsque le donateur a eu une raison grave de se croire en danger de mort. D'après Neratius, il suffit que le donateur ait cru qu'il allait mourir, sans qu'on ait à rechercher si la croyance a été juste (*h. t.*, 43).

(7) Justinien (*Nov.*, 87 pr.) cite Julien comme une autorité en la matière.

(8) Sur l'usage de la donation *m. c.* en Grèce, cf. Bruck, *Die Schenkung auf den Todesfall im griech. Recht bis zum Beginn der hellenistischen Epoche*, 1909. Rabel, *Sav. Z.*, XXX, 465.

(9) J. Maspero, *P. Caire*, 67154, du temps de Justin II; *P. Münich*, 8 (fin du VIe siècle).

La donation *m. c.* peut avoir pour objet une chose corporelle (fonds de terre, enclave), une part de propriété (1), un titre de créance (*chirographum*) (2), une rente viagère (3), tous les biens présents du donateur, ou même ses biens présents et à venir (4).

§ 3. **Modes de réalisation.** — La donation *m. c.* se réalise de trois manières : par une stipulation, une dation, ou une remise de dette. Au début de l'Empire, le premier mode est seul mentionné : la donation *m. c.* avait lieu en la forme d'une stipulation conditionnelle. Cette stipulation n'était pas nulle comme la stipulation *cum morieris* faite sous un terme incertain ; elle était valable à dater de l'événement de la condition, d'après la doctrine de Labéon sur l'effet de la condition (5) ; à dater du contrat, suivant l'opinion qui a prévalu ; mais le droit du stipulant restait en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition. Si le promettant recouvrait la santé, la donation était caduque (6).

La donation par voie de dation a lieu soit par une aliénation fiduciaire (7), soit par une tradition. Dans le premier cas, le donateur transfère immédiatement la propriété par une mancipation ou une *in jure cessio* : mais, par un pacte de fiducie, le donataire s'oblige à la retransférer si le donateur échappe au danger, ou même s'il change de volonté (8). Cette obligation est sanctionnée par une action personnelle, de bonne foi, l'action de fiducie (9). Dans le second cas, le donateur fait ordinairement une tradition conditionnelle (10). S'il recouvre la santé, il peut réclamer contre tout détenteur la chose qu'il a livrée : il a l'action en revendication ; il n'est pas exposé au risque

(1) Jul., 18, 3. Le titre est remis provisoirement à une personne de confiance.

(2) Jul., *h. t.*, 14 ; 18, 2 ; 37, 1. Paul, 39. Cf. Wenger, *Sav. Z.*, XXXI, 325.

(3) Marcel., *h. t.*, 34. Cette donation ne se décompose pas, comme le legs, en une série de donations annuelles. Paul, *h. t.*, 35, 7. Cf. p. 401, 1.

(4) Pap., *h. t.*, 42 pr. ; *P. Caire*, 67151, du temps de Justin II ; *P. Munich*, 8 (fin du VIe siècle). Le droit moderne n'autorise pas la donation à cause de mort : C. civ., 893 ; mais on peut faire une donation sous la condition de survie du donataire (Cass., 8 nov. 1886, Sirey, 1887, 1, 33 ; Lyon, 5 janv. 1891, Dalloz, 1892, 2, 509). Cf. Planiol, III, 2522.

(5) P. 396, 2. Fest., *l. c.* : *Ita fit ut morte promissoris confirmetur*.

(6) Ulp., *h. t.*, 32 ; Jav., *D.*, XXIV, 1, 20 ; Ulp., *eod.*, 11 pr. La stipulation peut servir à réaliser une délégation *m. c.* Jul., *h. t.*, 18, 1 ; Gaius, 31, 3.

(7) Pap., *h. t.*, 42 pr., est interpolé : la réserve d'usufruit ne peut pas résulter d'une tradition ; une mancipation est nécessaire. Il faut lire *mancipationibus factis*. La clause de retour de la propriété en cas de prédécès du donataire indique un pacte de fiducie, car elle est sanctionnée par une action de bonne foi.

(8) Cette clause se concilie très bien avec la fiducie qui, dans ses diverses applications, tend à réserver au mancipant le droit de se faire restituer la chose aliénée. Elle ne peut être jointe à l'acceptilation qui ne comporte aucune modalité ; ni à la stipulation qui n'admet pas la condition *si voluero*. Julien (*h. t.*, 16) semble admettre la révocabilité de toutes les donations *m. c.* (Cf. Paul, III, 7, 2), mais cette généralisation ne paraît pas antérieure au Bas-Empire. Constantin, *C.*, VIII, 54, 25 pr.

(9) Lorsque la donation *m. c.* a été faite à un fils de famille, le père est tenu *de peculio*. Jul., *h. t.*, 19. Lorsqu'elle a été faite à un citoyen *sui juris* qui a été ensuite adrogé, *res ipsa a donatore repetitur* : il ne s'agit pas ici d'une action réelle, mais vraisemblablement de l'action de fiducie. Cf. Senn, 55.

(10) Entre époux, la donation *m. c.* ne peut être faite que sous condition (p. 531). L'époux donateur a toujours la revendication pour reprendre sa chose aliénée ; contre un tiers il peut n'avoir que la *condictio*. (Pap., *D.*, XXIV, 1, 52, 1). Julien (*eod.*, 11, 1) semble dire que la donation *m. c.* entre époux est permise, même quand elle doit produire son effet de suite, ce qui serait contraire aux textes qui précèdent. La fin du texte ne peut être qu'une interpolation qui, d'après Senn, 1, 151, fait allusion au nouveau mode de faire une donation, le pacte.

de l'insolvabilité du donataire. Si au contraire il a fait une tradition pure et simple, en convenant que la propriété ou la possession lui serait retransférée en cas de prédécès du donataire (1), les Sabiniens lui accordent une *condictio* pour répéter la valeur de l'objet donné (2).

La donation *m. c.* par voie de remise de dette se réalise par une acceptilation. Le donataire est censé avoir reçu la somme dont il était débiteur. Il est immédiatement libéré, car l'acceptilation ne comporte aucune modalité. Si la donation devient caduque, on accorde au donateur une *condictio* pour forcer le donataire à promettre le montant de la dette primitive (3).

Sous Justinien, l'aliénation fiduciaire a disparu. La tradition suffit dans tous les cas pour réaliser une donation *m. c.* par voie de dation. Faite à charge de rendre si le donateur recouvre la santé, change de volonté ou survit au donataire, elle constitue un contrat innommé *(do ut facias)*. Elle est sanctionnée par une action qualifiée tantôt *condictio ex pœnitentia*, tantôt action *in factum*, action utile, action de bonne foi (4).

Il y a aussi un mode nouveau, le pacte, qui est obligatoire comme en cas de donation entre vifs, et qui, dans les régions de culture hellénique, confère la propriété, sans tradition, à l'événement de la condition (5).

Quel que soit le mode employé pour la réaliser, la donation *m. c.* est révocable au gré du donateur. Mais le disposant peut renoncer à cette faculté (6). Le droit de révocation est sanctionné par une *condictio*, dans le cas même où la donation a été réalisée par une stipulation : la promesse est désormais sans cause (7).

La *condictio*, simple action personnelle, n'était pas toujours efficace : le donateur restait exposé aux risques de l'insolvabilité du donataire. Il était préférable de laisser en suspens le transfert de la propriété : le donateur avait, le cas échéant, une action réelle pour réclamer les biens donnés. Cette action est accordée, sous Justinien, dans le cas même où la propriété a été transférée immédiatement à charge de la rendre si la donation est caduque ou révoquée (8).

(1) Elle est infirmée lorsque le donataire répudie son conjoint. JUL., ap. ULP., *D*., XXIV, 1, 11, 10.

(2) PAUL, *h. t.*, 35, 3; 39. Elle lui sert également à réclamer les fruits et les accessoires. De son côté le donataire peut se faire tenir compte de ses impenses nécessaires ou utiles. JUL., *h. t.*, 14.

(3) GAIUS, *h. t.*, 31, 3-4; AFR., *h. t.*, 24; PAUL, 35, 6.

(4) ULP., *h. t.*, 30 : JUL., 18, 1; PAP., 42 pr. (textes interpolés).

(5) La question autrefois discutée est résolue par *P. Münich*, 8, l. 7 : le pacte produit l'effet d'une cession (παραχώρησις). Cf. MITTEIS, *Grundz.*, 178 ; WENGER, *P. Münich*, p. 94.

(6) *Inst.*, II, 7, 1 : *si eum donationis pœnituisset*. *Nov.*, 87, c. 1. *P. Münich*, 8, l. 32 : le donateur promet de payer 18 sous d'or s'il manque à sa parole.

(7) TRYPH., *D.*, XXIII, 3, 76 (interpolé). L'extension de la *condictio* au cas de stipulation *m. c.* y est indiquée dans la 2e phrase intercalée par les compilateurs.

(8) Ulpien (*h. t.*, 29) avait déjà soutenu cette opinion contraire aux principes du droit classique : *Potest defendi in rem competere donatori*. Mais ce texte est suspect d'interpolation, sinon pour l'expression *potest defendi* familière aux classiques, du moins pour le surplus. Cf. COLLINET, *Etudes*, I, 178; SENN, *Etudes*, I, 99.

LIVRE VI

LES ACTIONS, L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCÉDURE

Notion générale de l'action.

Le mot action désigne aujourd'hui le droit reconnu à une personne de réclamer en justice ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû. L'action est la sanction d'un autre droit : réel ou de créance. Cette notion de l'action n'apparaît chez les Romains qu'au Bas-Empire, et encore n'est-elle pas aussi nette que de nos jours. Elle suppose en effet deux conditions : l'abandon du système de la justice privée, l'existence de tribunaux chargés de juger les différends entre particuliers et d'assurer l'exécution des jugements ; l'indépendance du droit d'agir en justice et de la forme dans laquelle on l'exerce. La première de ces conditions est en partie étrangère à l'ancien droit romain ; la seconde, au droit classique.

§ 1er. — *a*) Aux premiers siècles, le mot action désignait les solennités à observer pour être autorisé à se faire justice. La victime d'un tort n'était pas admise à tirer vengeance de l'acte dont elle avait souffert avant d'avoir fait constater publiquement la légitimité de sa prétention. C'était une restriction au système de la justice privée, et cette restriction était d'autant plus importante que l'un des éléments de la solennité à observer consistait, sauf pour la *pignoris capio*, dans la présence du magistrat ; celui-ci pouvait refuser son concours lorsqu'on voulait accomplir l'action de la loi en violation des lois religieuses ou civiles. Une autre restriction consistait à limiter la vengeance dans une mesure déterminée : sauf le cas où la peine du talion était admise, la victime ne pouvait exiger que le montant de la composition fixée par la loi ou évaluée par un juge ou des arbitres.

b) A l'époque classique, on ne s'est plus contenté de soumettre au contrôle de l'État l'exercice de la justice privée : on a définitivement écarté les conséquences de ce système. Il a deux vices essentiels : il provoque entre les familles des conflits contraires à l'ordre social ; il tend à l'oppression des faibles sous la loi du plus fort. Un grand État ne saurait s'accommoder d'un tel régime : on ne doit pas, dit Paul, autoriser les

particuliers à se substituer aux magistrats (1). L'autorité publique a le devoir d'assurer à tous une justice égale et de faire respecter, par les moyens dont elle dispose, les droits méconnus. Elle n'a pas d'ailleurs d'initiative à prendre : son intervention doit être requise et l'existence du droit judiciairement démontrée.

Cette réaction contre les mœurs antiques ne s'est pas opérée sans quelque résistance : l'édit prétorien, la loi, les constitutions impériales ont dû prendre des mesures contre ceux qui tentaient de se faire justice (2). Une exception a été faite pour le cas de légitime défense : la nature, dit Cassius, nous donne le droit de repousser la force par la force (3). Que la violence menace notre personne ou nos biens (4), il n'importe; mais la défense doit être immédiate (5). Cette réserve est nécessaire : si la victime laisse écouler un délai, si bref qu'il soit, il ne peut plus être question de légitime défense; on rentre dans le droit commun, et le recours aux tribunaux est nécessaire.

c) De cette analogie avec le droit moderne, il ne faut pas conclure à une identité. Aujourd'hui on ne se préoccupe de la nature du droit contesté qu'au point de vue de la compétence. A Rome on peut dire qu'il y a autant d'actions que de droits. Chaque action emprunte au droit qu'elle sanctionne ses traits caractéristiques. Entre le droit et l'action il y a un rapport si intime que l'on conclut souvent de l'existence de l'action à celle du droit. Cette variété, cette multiplicité d'actions fait contraste avec l'uniformité du système moderne.

§ 2. Le droit d'agir est étroitement lié à la forme dans laquelle on l'exerce : qu'il s'agisse de la procédure des actions de la loi ou de la procédure formulaire, le sort du procès dépend de la validité formelle de l'action de la loi ou de la formule. La moindre irrégularité entraîne la perte du droit. Sous l'Empire, cette règle a été atténuée en certains cas : elle n'en subsiste pas moins en général. D'autre part, au temps de la procédure formulaire, il y a une formule d'action pour chaque droit ou rapport de droit : l'erreur commise dans le choix de la formule entraîne l'absolution du défendeur. Le demandeur n'a que la ressource de recommencer le procès.

§ 3. Au Bas-Empire, depuis la suppression des formules en 342 et de l'*actionis impetratio* en 428, le droit d'action n'est plus exposé à ces risques. Dans la procédure extraordinaire, l'élément prépondérant est

(1) *D.*, L, 17, 176 : *ne occasio sit majoris tumultus faciendi.*

(2) Tel fut l'objet de l'interdit *quod legatorum* et, à certains égards, des interdits *unde vi* et *uti possidetis* (Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 1 ; 17, 1, 4). La loi Julia *de vi* édicte une peine sévère contre le créancier qui use de violence pour se faire payer par son débiteur (Ulp., *D.*, IV, 2, 12, 2 ; Mod., *D.*, XLVIII, 7, 8). Un décret de Marc-Aurèle déclare déchu de son droit le créancier qui, même sans violence, s'empare des biens de son débiteur sans y être autorisé par le juge (*C.*, VIII, 13, 3 ; Callistr., *D.*, XLVIII, 7, 7. Cf. Monnier, *Etudes*, II, 46). Il en est autrement si le débiteur a pris la fuite emportant son argent : le créancier qui s'est mis à sa poursuite et a réussi à lui reprendre ce qui lui est dû échappe à l'action Paulienne, pourvu que le fait soit antérieur à l'envoi en possession de la masse des créanciers. (Ulp., *D.*, XLII, 8, 10, 16). Deux autres exceptions, p. 246, 5-6.

(3) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 1, 27.

(4) Gaius, *D.*, IX, 2, 4 pr. ; Diocl., *C.*, VIII, 4, 1.

(5) Ulp., *D.*, XLIII, 16, 3, 9.

désormais la cause de l'action telle qu'elle est exprimée dans le libelle contenant les conclusions des parties. L'action est, comme de nos jours, la faculté de s'adresser à la justice publique pour faire respecter un droit méconnu et obtenir, s'il y a lieu, la réparation du préjudice causé (1). Mais, à la différence du droit moderne, on ne peut user de cette faculté que dans les cas où il existe une action appropriée. C'est là un vestige de la conception antérieure, une restriction dont on n'a pas réussi à s'affranchir. Cette restriction est d'ailleurs moins rigoureuse qu'autrefois : Justinien s'attache à la nature bien plus qu'au nom de l'action (2); il a donné à certaines actions une portée très large; il a créé des actions générales comme la *condictio generalis*.

§ 4. L'action n'est pas le seul moyen usité à Rome pour mettre fin aux différends entre particuliers. Dans les cas où il n'existait pas d'action, les magistrats, au lieu de faire appel au législateur ont, en vertu de leur *imperium*, créé des moyens divers pour combler les lacunes de la loi : interdit, stipulation prétorienne, restitution en entier, envoi en possession. C'est là une complication qui tient, non pas à des nécessités pratiques, mais à des circonstances accidentelles. Aussi le système des actions et autres voies de droit, indispensable à connaître lorsqu'on veut pénétrer le fonctionnement des institutions juridiques des Romains, n'a-t-il plus aujourd'hui qu'un intérêt historique.

CHAPITRE PREMIER

L'organisation judiciaire.

I. Ancien droit.

§ 1er. **Les magistrats.** — A l'époque royale, l'organisation judiciaire est à l'état rudimentaire. Cicéron affirme que jamais un particulier n'a été chargé de statuer sur un procès ni comme juge, ni comme arbitre; le roi prononce seul sur les différends qui lui sont soumis : il est à la fois magistrat et juge (3). Ce n'est pas qu'on lui ait spécialement conféré ce pouvoir : les notions abstraites, comme la notion de pouvoir, sont étrangères aux Romains des premiers siècles. Ce qu'on a appelé plus tard juridiction est une conséquence du pouvoir suprême *(imperium)* attribué au roi par le vote du sénat et du peuple. L'*imperium* se manifeste extérieurement par 12 licteurs qui portent les faisceaux et la hache, et précèdent le roi lorsqu'il paraît en public (4).

(1) Cette idée apparaît dans Cels., *D.*, XLIV, 7, 51, mais limitée aux actions personnelles : *Actio nihil aliud est quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi*. La définition exprime le lien qui existe entre le droit et la formule *(judicium)*.

(2) Sur la *natura actionis*, cf. Longo, *Studi in onore di V. Scialoja*, 1905, I, 607; *Bull. dir. R.*, XVII, 34; Collinet, *La natura actionis dans l'œuvre de Justinien et ses rapports avec le libelle*, 1909. Sur le livre *de actionibus*, Zachariae, *Sav. Z.*, XIV, 88. Cf. Brugi, *Annuario di Catania*, XIII, 14.

(3) Cic., *De Rep.*, V, 2. Denys, II, 14, 29. Cf. Declareuil, *N. R. H.*, XIII, 217.

(4) On voulait faire impression sur l'intelligence encore inculte des premiers habitants de Rome; le pouvoir s'identifiait dans leur esprit avec la hache des licteurs. Liv., I, 8.

A la chute de la royauté, la juridiction passe aux consuls : à tour de rôle pendant un mois, ils président à l'administration de la justice : le plus âgé entre le premier en fonction. Depuis 387, la juridiction civile est confiée à un magistrat spécial, le Préteur, et dans quelques cas, aux édiles curules, tous de rang inférieur aux consuls. Ceux-ci n'ont plus que la juridiction gracieuse.

La juridiction du Préteur s'étend sur tout le territoire soumis au peuple romain. Mais un certain nombre de cités italiques ont obtenu le privilège de conserver leurs magistrats locaux (1). Dans d'autres, la loi a créé des centres de juridiction où le Préteur envoie des préfets *(juri dicundo)* nommés par lui (2). Ces préfets exerçaient une juridiction limitée, mais analogue à celle du Préteur dont ils étaient les délégués.

Au début du VIe siècle, une double innovation a été introduite dans l'organisation judiciaire : l'accroissement considérable du nombre des pérégrins résidant à Rome a motivé la création d'un second préteur (3). Il y eut dès lors deux préteurs, l'un chargé de dire le droit entre les citoyens, l'autre entre citoyens et pérégrins ou entre pérégrins ; le premier fut le préteur urbain ; le second, le préteur pérégrin ; les pays extra-italiques, conquis par les Romains, ont été constitués en provinces et soumis à la juridiction d'un gouverneur.

§ 2. **Les juges.** — La distinction du magistrat et du juge a été longtemps une règle fondamentale de l'organisation judiciaire des Romains. La juridiction et le jugement *(munus judicandi)* sont soigneusement séparés. Ce partage d'attributions avait l'avantage non seulement d'accélérer la solution des litiges, mais surtout de restreindre le pouvoir absolu du magistrat. Ignorant le principe de la séparation des pouvoirs, les Romains ont atténué les inconvénients qui peuvent résulter de l'étendue des prérogatives accordées à leurs magistrats, en confiant la mission de juger à de simples particuliers, institués pour chaque affaire. C'est l'idée qu'on a reprise en France, à la fin du XVIIIe siècle, lorsqu'on établit le jury en matière criminelle (loi des 16-29 sept. 1791): on a voulu donner à la liberté des citoyens une garantie contre les persécutions du pouvoir exécutif et contre les préventions des magistrats.

1. NOMINATION. — En principe, le juge est choisi par les plaideurs et

(1) Voir la loi Osque de Bantia en Lucanie. (GIRARD, *Textes*, 27.)

(2) Par exemple à Cære, à Capoue. (FEST., v° *Præfecturæ*.) A partir de 436, les 4 préfets qu'on envoyait dans les cités de la Campanie furent élus, sur la présentation du préteur, par les comices tributes.

(3) POMP., *D.*, I, 2, 2, 28. L'épitome de Tite Live (XIX) rapporte cette création à 512; Lydus (*de magistr.*, I, 38, 45) à 507. Il est douteux que le second préteur ait eu, dès l'origine, pour mission principale de dire le droit. On l'a utilisé suivant les besoins de l'État quelquefois à Rome, plus souvent au dehors. L'acquisition de la Sicile en 513 et de la Sardaigne en 526 exigea la présence d'un magistrat du peuple romain : à diverses reprises on y envoya le préteur pérégrin. Même après la création de deux nouveaux préteurs en 527, les attributions du préteur pérégrin furent souvent réunies à celles du préteur urbain, par exemple lors de la 2e guerre punique. C'est seulement lorsqu'on porta à 6 le nombre des préteurs, après la conquête de l'Espagne en 557, que le préteur pérégrin demeura en permanence à Rome.

nommé par le magistrat (1). Il doit être pris parmi les sénateurs (2). A défaut d'accord immédiat, on procédait peut-être comme à l'époque ultérieure (3) : le demandeur proposait un nom ; si le défendeur le récusait, on en proposait un autre, et ainsi de suite. Si le défendeur refusait systématiquement tous les juges proposés par le demandeur, il y avait sans doute un moyen de vaincre sa résistance, mais on ignore en quoi il consistait aux premiers siècles (4). Plus tard, on tira au sort le nom du juge sur une liste dressée à cet effet (5) : le nombre des récusations fut limité (6). La nomination du juge eut lieu d'abord à la fin de la procédure *in jure*. Une loi Pinaria décida que le juge ne serait institué qu'au bout de 30 jours (7).

L'institution du juge comprend deux actes : la prestation du serment et l'investiture. Le juge jure de se conformer aux lois ; s'il viole son serment ou se laisse corrompre à prix d'argent, il encourt une peine capitale, probablement la même que celle du faux témoin (8). Le magistrat confère ensuite au juge le pouvoir de dire le droit (9). Les parties se donnent respectivement rendez-vous pour le surlendemain (10). Le magistrat ordonne au juge de se rendre au forum au jour fixé (11). La convocation des parties et du juge peut être retardée si le troisième jour est férié, ou s'il coïncide avec le temps des vacations. Il y a en effet certaines époques pendant lesquelles les juges sont dispensés de siéger : l'année judiciaire est partagée en deux sessions, l'une d'hiver, l'autre d'été (12).

2. Compétence. — Dès le temps des Douze Tables, il existe trois sortes de juges : le juré, l'arbitre, les récupérateurs. Chacun de ces juges a une compétence spéciale, déterminée soit par la qualité des plaideurs, soit par la nature de l'affaire. Le juré et l'arbitre connaissent des procès entre citoyens ; les récupérateurs, des procès entre citoyens et pérégrins.

La distinction du juge et de l'arbitre paraît correspondre à la division des procès en *lites* et *jurgia* (13). Le mot *jurgium* désigne une brouille entre voisins ou entre parents, et cette brouille a pour effet de les conduire en justice (14). Le mot *lis* caractérise l'état d'hostilité qui,

(1) Cic., *p. Cluent.*, 43.
(2) Polyb., VI, 17 ; Plaut., *Rud.*, III, 4, 8.
(3) Ce procédé était usité au début du VIIe siècle. Cic. (*de or.*, II, 65 et 70) distingue *judicem ferre et iniquum (sibi judicem) ejerare*. Cf. Fest., v° *Procum*.
(4) Plus tard on traita le défendeur comme un *indefensus*.
(5) Plin., *H. n. præf.* : *Plurimum interest sortiatur aliquis judicem an eligat.* Frontin., *De contro.*, II, 43.
(6) Cf. loi agraire de 643, l. 37, pour le choix des récupérateurs.
(7) Gaius, IV, 15. Loi du temps de la République ; on n'en connaît pas la date.
(8) Cic., *De inv.*, I, 39 ; *De off.*, III, 10. — Gell., XXI, 1.
(9) Cic., *De leg.*, III, 3.
(10) Gaius, IV, 15 ; Ps. Asc., *in Verr.*, 164 ; P. Diac., v° *Res comperendinata*. Cic., *Brut.*, 22 ; *p. Mur.*, 12.
(11) P. Diac., v° *Forum*. Cf. loi *col. Genetivæ*, c. 95.
(12) Plaut., *Capt.*, I, 1, 10 et 19 : *Res prolatæ, res redeuntes*. Cas., V, 4, 4 (Herman., I, 286) : *Nunc ego tecum æquum arbitrum extra consilium captavero*.
(13) Cf. Cic., *de leg.*, II, 12, 29 ; Ovid., *Fast.*, I, 73 ; Liv., V, 13 ; XXXVIII, 51. *Jurgia* et *lites* étaient exclus les jours de fête ; on devait faire trêve à toute espèce de contestation. — Cette division des procès n'a pas survécu à la suppression des actions de la loi. Sous l'Empire, le mot *jurgium* n'a plus de valeur technique.
(14) *Jurgium* vient de *juri ago*. *Agere* a le sens de pousser ; *jus* désigne le lieu où siège le magistrat. Ulp., *D.*, I, 1, 2. (Cf. Bréal et Bailly, 143.)

à l'époque antique, est l'état normal des plaideurs (1), et se manifeste dans certaines procédures par un combat simulé. Les procès qui donnent lieu à l'action de la loi par serment sont des *lites* (2), vraisemblablement aussi ceux que soulève une *manus injectio* ou qui motivent une *judicis postulatio*. Sont des *jurgia* les actions en partage d'une hérédité, en bornage, *aquæ pluviæ arcendæ* (3). Les contestations de cette espèce sont soumises à un arbitre. Les autres *arbitria* consacrés par les Douze Tables sont étrangers aux rapports entre voisins ou parents ; ils rentrent cependant dans la notion du *jurgium*, car il s'agit d'une difficulté qui divise deux personnes entre lesquelles l'état d'hostilité a pris fin ; tel est l'*arbitrium* donné à la suite d'une action réelle par serment.

Le jugement des *lites* est confié à un juré unique *(unus judex)*, celui des *jurgia*, tantôt à un, tantôt à trois arbitres (p. 553, 5; 295).

Les récupérateurs jugent les différends qui surgissent entre citoyens romains et pérégrins (4), à l'occasion d'actes conclus sur le territoire romain. Leur compétence était consacrée par des traités internationaux. A l'origine, la mission qui leur était confiée consistait à faire recouvrer, après la conclusion de la paix, les biens pris par l'ennemi (5) : de là leur nom de récupérateurs.

Dans les affaires où des pérégrins sont intéressés, la procédure subit quelques modifications (6). L'*in jus vocatio* est remplacée par une assignation à comparaître à jour fixe (7); le magistrat détermine le jour où les parties se présenteront devant les récupérateurs (8); les témoins sont tenus de déposer (9); on ne peut en citer plus de dix (10); le jugement doit être rendu dans le délai de dix jours (11). On ignore si les récupérateurs étaient choisis par les parties, ou désignés par le magistrat avec faculté pour les plaideurs d'en récuser un certain

(1) Non., 292 : *Jurgium levior res est; si quidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur; inter inimicos dissensio lis appellatur* Cic., *de Rep.*, IV, 8 : *Jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.* Cf. Ed. Cuq, v^is^ *Jurgium, Lis* (*Dict. Antiq.*, III, 713, 1265).

(2) Varr., *L. l.*, V, 36, 100.

(3) Cic., *p. Cæc.*, 7, 19; *de leg.*, I, 21. Loi Rubria, c. 23. Pomp., *D.*, XL, 7, 21 pr. Cf. Audibert, *L'évolution de la formule des actions* familiæ erciscundæ *et* communi dividundo, 1903, p. 7 ; *N. R. H.*, XXVIII, 273; 401.

(4) Les pérégrins, même Latins, ne peuvent exercer la *legis actio*. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, 1907, XXVIII, 114.

(5) Fest., *h. v°* : *Quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque.*

(6) Quelques-unes ne sont connues que par des textes relatifs aux récupérateurs provinciaux et datant de l'époque où furent soumis à des récupérateurs les procès entre citoyens. Sur l'âge des récupérateurs d'après *P. Berlin*, 611, cf. Dareste, *Nouv. études*, 207; Mitteis, *Chrest.*, 370.

(7) C'est le *condictus dies cum hoste* (Cic., *de off.*, I, 12; Gell., XVI, 4). L'obligation de comparaître est si rigoureuse (Plaut., *Curc.*, I, 1, 5) que si l'un des plaideurs est un soldat, on le dispense de se rendre à l'appel au jour fixé par le consul.

(8) C'est le *status dies cum hoste*. Fest., v° *Status*.

(9) *Testes necessarii.* (Quintil., V, 7, 9.)

(10) Cic., *p. Cæc.*, 10. La loi de Genetiva Julia admet 20 témoins (c. 95).

(11) D'après le traité conclu en 261 par Rome avec les cités de la confédération latine (Denys, VI, 95). La loi agraire de 643 (l. 37) fixe le même délai pour les actions des publicains contre les contribuables.

nombre (1). Ce qui paraît certain, c'est qu'on en nommait plusieurs pour chaque affaire : ordinairement trois, quelquefois cinq (2).

II. Époque classique.

§ 1er. La *jurisdictio*. — L'administration de la justice civile n'a pas été séparée par la constitution romaine des autres branches de l'administration : le principe de la séparation des pouvoirs appartient au droit moderne. En fait il y a, depuis l'institution de la preture, un ou plusieurs magistrats plus spécialement investis de la *jurisdictio*. La *jurisdictio* comprend l'ensemble des pouvoirs attribués à un magistrat en tant qu'il est chargé de l'administration de la justice civile.

Parmi ces pouvoirs, on peut distinguer 1° ceux qui sont communs à tous les magistrats : décider s'il y a lieu d'accueillir une demande et d'organiser une instance (*jurisdictio* au sens étroit); juger l'affaire *(judicatio)*, ou plus ordinairement en remettre l'examen à un juge *(judicis datio)*; prendre des mesures préventives ou d'exécution (3); 2° ceux qui sont réservés aux magistrats investis de l'*imperium* (4), à l'exclusion des magistrats municipaux : envoi en possession, stipulation prétorienne, interdit, restitution *in integrum*; 3° ceux qui sont étrangers à l'administration de la justice et sont conférés par des lois spéciales à certains magistrats et ne peuvent être délégués par eux à un mandataire : droit de nommer des tuteurs, d'autoriser l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains des mineurs, de présider aux transactions relatives aux créances d'aliments; 4° ceux qui ne se rattachent qu'en apparence à l'administration de la justice : présider les actes juridiques qui ont lieu en la forme d'un procès fictif. Ce pouvoir appartient à la juridiction gracieuse : les magistrats municipaux ne peuvent l'exercer que par une faveur spéciale (5). En somme, l'office des magistrats supérieurs est très large (6) : il n'est pas limité aux affaires contentieuses; il s'étend même à des actes extrajudiciaires (7).

(1) Si l'on peut s'en rapporter à Plaute, la nomination serait faite par le magistrat. (*Bacchid.*, II, 3, 36.) Un passage mutilé de la loi agraire précitée confirme cette conjecture, si l'on accepte la restitution de Mommsen.

(2) Cic., 2ª *in Verr.*, III, 12, 60. Liv., XLIII, 2; XXVI, 48. On ignore comment la procédure *in judicio* se rattachait à la procédure *in jure*. Il ne paraît pas que l'action de la loi ait été possible.

(3) Les magistrats municipaux ont le droit de procéder à une *pignoris capio* (Ulp., *D.*, IX, 2, 29, 7), à une exécution sur la personne (loi Rubria, c. 21 : *duci jubeto*). Le droit d'infliger une amende (*mulcta*) est un attribut de la *judicatio* (Ulp., *D.*, L, 16, 131, 1; loi de Malaga, c. 66).

(4) Ulp., *D.*, II, 1, 3, appelle *mixtum* l'*imperium*, *cui etiam jurisdictio inest*. Il le distingue de l'*imperium merum* qui confère le *jus gladii* contre les criminels. Le *jus gladii* est le droit d'exercer la juridiction capitale sur les citoyens romains par délégation de l'empereur. Il est attribué au préfet de la Ville à Rome et en Italie jusqu'au centième mille; au delà, au préfet du prétoire; en province, au gouverneur. Ulp., *D.*, I, 12, 1, 4; I, 18, 6, 8; *Collat.*, XIV, 3, 2.

(5) Paul., II, 25, 4; Constantin, *C.*, VII, 1, 4.

(6) Ulp., *D.*, II, 1, 1. Sur la formation de cette notion complexe de la *jurisdictio*, cf. Ed. Cuq, vº *Jurisdictio* (*Dict. Antiq.*, III, 727).

(7) Nous ne donnerons que des notions très sommaires sur l'organisation judiciaire à l'époque impériale : on trouvera les détails dans Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, 1866, t. II et III; Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, dont le tome Ier seul a été publié (1901).

1. Les magistrats investis de la *jurisdictio*. — Les Préteurs urbain et pérégrin sont chargés de la juridiction civile. A côté d'eux, les édiles curules ont la juridiction pour les contrats conclus à Rome au marché des esclaves et du bétail. En Italie, les délégués du Préteur ont presque entièrement disparu après la concession du droit de cité aux Italiens; ils sont remplacés par des magistrats municipaux dont la compétence est limitée aux affaires de moindre importance (1); pour les autres, c'est au Préteur qu'on doit s'adresser (2).

Dans les provinces, la juridiction appartient, sous la République, au gouverneur, mais il la délègue ordinairement à son questeur, à son légat ou à un personnage de sa suite (3). Sous l'Empire, la juridiction est attribuée dans les provinces sénatoriales (4) à un légat qui l'exerce

(1) Ces magistrats semblent être les mandataires légaux du Préteur; ils sont traités comme tels : ils n'ont ni l'*imperium mixtum* ni la *legis actio*; leur compétence est restreinte aux affaires où l'intérêt en jeu ne dépasse pas un taux variable suivant les cités : 10 000 sesterces à Este (Girard, *Textes*, 78), 15 000 d'après la loi Rubria (c. 21); ils ne peuvent connaître des procès relatifs à la liberté (Isidor., *Or.*, XV, 2, 10), ni des actions infamantes, sauf convention contraire. Il y a des cas où ils doivent en référer au Préteur, d'autres où le Préteur peut étendre leurs attributions; c'est lui qui fait respecter leur juridiction par une action pénale. Wlassak, *Klass. Provinzialprocess*, 1921.

(2) La juridiction du Préteur sur l'Italie a été restreinte par la création sous Hadrien de quatre *consulares* nommés *judices per omnem Italiam* (Spart., *Hadr.*, 22, 13). Supprimés par Antonin le Pieux, ces *judices* furent rétablis par Marc-Aurèle et Verus sous le nom de *juridici*: mais ils sont choisis parmi les personnages de rang prétorien, et leur nombre n'est plus limité à quatre; ils sont chargés chacun d'un district de l'Italie. Dès lors, on distingue l'*urbica diocesis* soumise à la juridiction du Préteur, et la *regio quam juridicus administrat* (*Vat. fr.*, 205, 241). C'est une question discutée de savoir si les *juridici* ont la plénitude de la juridiction : le terme *judices*, employé par un écrivain d'une époque assez basse, n'est pas suffisant pour l'affirmer. Les documents juridiques et épigraphiques leur attribuent seulement la juridiction en matière de tutelle, de fidéicommis (Scæv., *D.*, XL, 5, 41. 5), d'éligibilité au décurionat (Fronto, *Ad amicos*, 2, 7). Ils ont aussi la juridiction gracieuse (Ulp., *D.*, I, 20, 1). Cf. Gsell, IL, *Alg.*, 281.

(3) Cic., *Verr.*, II, 18, 44; *p. Flac.*, 21, 49; *ad Att.*, V, 21, 6.

(4) La distinction des provinces sénatoriales et impériales remonte à 727. Auguste se réserva l'administration des provinces qui n'étaient pas encore pacifiées et avaient besoin d'être surveillées par les légions (Gaule, Syrie, Espagne citérieure); ses successeurs y ajoutèrent les provinces conquises depuis 727. Les provinces sénatoriales sont administrées par un proconsul de rang consulaire (Asie, Afrique) ou prétorien, qui n'a plus de pouvoir militaire; les provinces impériales par un lieutenant de l'empereur (*legatus*) de rang consulaire ou prétorien, suivant qu'il a sous ses ordres plusieurs légions ou une seule. Certaines régions où il parut impossible d'introduire le régime ordinaire des provinces en raison de la nature du pays (contrées alpestres) ou des mœurs des habitants (Judée, Thrace, Maurétanie) furent confiées à des gouverneurs impériaux, de l'ordre équestre : ils portent le titre de *procurator et præses* ou simplement *præses*. — Les provinces impériales diffèrent encore des provinces sénatoriales au point de vue de l'impôt appelé *tributum* dans es unes, *stipendium* dans les autres. Le *tributum* est une redevance imposée par es agents financiers de l'empereur, d'après la fortune du contribuable, et payée directement par lui. On distingue le *tributum soli* qui grève les propriétaires et le *tributum capitis*, impôt de capitation, exigé seulement des non-citoyens. Le *stipendium* est une somme fixe due en bloc par une cité qui en répartit le montant entre les habitants. Cette différence quant au mode de perception de l'impôt s'est effacée peu à peu. Pomponius (*D.*, L, 16, 27) identifie *stipendium* et *tributum* Cf. p. 250, 5. Le recensement est fait dans chaque province par un *censitor*, secondé par des censiteurs de districts comprenant plusieurs cités comme Amiens, Thérouanne, Arras (inscr. d'Ostie : *Rev. archéol.*, 1913, II, n° 213), Sens, Troyes, Meaux, Paris (inscr. d'Auxerre), ou par des censiteurs spéciaux pour les cités importantes comme Lyon, Reims, Autun (*CIL.*, II, 4121; XII, 1855; inscr. d'Auxerre). Au chef-lieu de la province, il y a un bureau central *(tabularium)* où l'on conserve les documents du cadastre et les listes des habitants que le chef de bureau *(tabula-*

comme mandataire du proconsul (1), et à un questeur qui remplit des fonctions analogues à celle des édiles curules (2); dans les provinces impériales, elle est directement déléguée par l'empereur soit à des *legati juridici* (3) qui l'exercent dans la province tout entière ou dans un district (4), soit au gouverneur lui-même qui l'exerce en qualité de propréteur avec l'assistance de *comites* ou d'assesseurs (5). Le magistrat suprême est l'empereur qui peut toujours évoquer une affaire à son tribunal : il fait rarement usage de ce droit en première instance; il se réserve les causes d'appel (6).

2. DU LIEU ET DU TEMPS CONSACRÉS A LA *JURISDICTIO*. — Les actes de la juridiction contentieuse doivent être accomplis par le magistrat siégeant sur son tribunal *(pro tribunali)* (7); mais il peut, hors de son siège *(de plano)*, donner acte d'une requête ou exercer la juridiction gracieuse (8).

Dans les provinces, le lieu de la juridiction n'est pas nécessairement situé dans la ville où réside le gouverneur. Le magistrat chargé de la juridiction se transporte, à certaines époques, dans les villes principales pour y tenir des assises. Chaque province se trouve ainsi partagée en une ou plusieurs circonscriptions judiciaires appelées *conventus* (9).

Les jours consacrés à la juridiction, aux premiers siècles de la République, étaient en nombre insuffisant. Dès le ve siècle, la loi Hortensia décida, dans l'intérêt des habitants de la banlieue de Rome, que les jours de marché ne seraient plus fériés. L'accroissement de la population rendit nécessaire une réforme des anciens usages. Au temps de Cicéron, certains préteurs exerçaient la juridiction même les jours

rius) tient à jour d'après les déclarations de naissance et de décès (p. 107, 7; 703, 3. Cf. Ed. CUQ, v° *Professio, Dict. Antiq.* IV, 675). Un esclave impérial *(dispensator ad census)* est chargé de centraliser les recettes et d'effectuer les payements. Cf. H. DE VILLEFOSSE, *Les agents du recensement dans les trois Gaules*, 1914.

(1) ULP., *D.*, I, 19, 4, 6; 6, 1; PAP., *eod.*, 5. Un Sc. de Marc-Aurèle donne aux légats le droit de nommer des tuteurs (ULP., *D.*, XXV, 1, 5, 1, 1; LIC. RUF., *D.*, I, 16, 15). La *jurisdictio mandata* confère l'*imperium mixtum* (MACER, *D.*, I, 21, 4, 1) et une *modica coercitio* (PAUL., *eod.*, 5, 1; VEN., *D.*, I, 16, 11). Le pouvoir des légats est essentiellement personnel (JUL., *D.*, II, 1, 5).

(2) GAIUS, I, 6.

(3) Un Sc. de 176-177 (*CIL.*, II, 6278) les appelle *ii qui jus dicunt*. En Égypte, la juridiction appartient au Préfet : il est assisté d'une sorte de légat, le *juridicus Alexandreæ et Ægypti* (*Rev. Arch.* 1903, II, n° 214; *CIL.*, X, 6976; XI, 6011). Au point de vue administratif, l'Égypte est dans une situation à part : elle est divisée en trois épistratégies ayant chacune à sa tête un Romain investi de pouvoirs civils et militaires. Chaque épistratégie est divisée en nomes ou cantons administrés par un stratège qui a une juridiction inférieure. Aucune ville n'a de constitution municipale, sauf quelques cités grecques comme Ptolemaïs dans la Thébaïde. En 202, S. Sévère rendit aux habitants d'Alexandrie le droit d'avoir un conseil élu comme au temps des Ptolémées. Cf. COLLINET, STEIN, *Arch. Pap.*, I, 293, 445. WILCKEN, *Grundz.*, 36, 45.

(4) *CIL.*, III, 2864; II, 2415.

(5) Dig., I, 22; cf. Edouard CUQ, *Conseil des Empereurs*, p. 353.

(6) *Ibid.*, p. 441.

(7) ULP., *D.*, XXXVII, 1, 3, 8. Denys, II, 29; FEST., *h. v°*; LIV., XXXI, 29.

(8) *Vat. fr.*, 112; cf. ULP., *D.*, I, 16, 9, 3; GAIUS, I, 20; *Vat. fr.*, 156.

(9) FEST., *h. v°* : *Cum a magistratibus judicii causa populus congregatur*. PLIN., *H. n.*, III, 3. L'Égypte était divisée en trois ressorts judiciaires (Delta oriental, Delta occidental, Thébaïde et Heptanomis) dont les chefs-lieux étaient Péluse, Alexandrie et Memphis. *P. Oxy.*, IV, 709. Cf. WILCKEN, *Arch. Pap.*, IV, 366.

néfastes (1) : à une époque de scepticisme, l'obstacle provenant de la religion était de peu de poids. J. César, Auguste et Claude augmentèrent le nombre des jours fastes pour assurer aux citoyens une prompte justice (2). Un Sc. du règne de Marc-Aurèle en fixe le nombre à 230; le reste de l'année, on ne peut, à peine de nullité, procéder, sans la volonté des parties, à aucun acte judiciaire (3).

3. Limites de la *jurisdictio*. — La *jurisdictio* est contenue dans une double limite : elle ne peut s'exercer que sur un territoire déterminé et relativement à certaines personnes. A cette double condition le magistrat est compétent.

a) La compétence territoriale est restreinte, pour les magistrats municipaux, au territoire de la cité; pour les gouverneurs de provinces, à celui de la province (4); pour le Préteur à l'Italie (5) ou, depuis Marc-Aurèle, à l'*urbica diocœsis*. Hors de ce territoire, le magistrat n'a aucune autorité (6). Seule la compétence du prince s'étend à tout l'Empire.

b) La compétence quant aux personnes est en général déterminée par le domicile du défendeur, même en matière réelle : *actor sequitur forum rei* (7). Mais un magistrat de Rome ou d'un municipe peut connaître des procès intéressant un citoyen originaire de Rome ou du municipe, sans y être domicilié : c'est le *forum originis* par opposition au *forum domicilii* (8). Les règles sur la compétence quant aux personnes ne sont pas d'ordre public : la loi Julia *privatorum* permet d'y déroger. La prorogation de juridiction est également admise lorsque le magistrat est incompétent en raison de la valeur du litige (9). La convention relative à la prorogation de juridiction peut être tacite : en matière contractuelle, on présume que les parties ont entendu se soumettre à la juridiction du lieu où l'obligation est formée ou du lieu fixé pour l'exécution : c'est le *forum contractus* (10).

§ 2. **Les juges.** — Le *munus judicandi*, d'abord réservé aux sénateurs parce que leur position sociale avait paru une garantie d'impartialité, fut, à la suite de l'absolution scandaleuse de certains concussionnaires, transféré, en 632, aux chevaliers. Sylla le restitua aux sénateurs en 673 (11), mais en 684 la loi Aurelia établit un système transactionnel (12) ; elle décida la création de trois décuries ou sections de juges

(1) Macrob., *Sat.*, I, 15; Q. Muc., ap. Varr., *L. l.*, VI, 30.
(2) Treb., ap. Macrob., I, 14, 10; Suet., *Aug.*, 32; *Claud.*, 23.
(3) Capitol., *M. Aur.*, 10; Ulp., *D.*, II, 12, 6.
(4) Sic. Flacc., I, 135; Ulp., *D.*, I, 16, 1.
(5) Les décrets du Préteur sont exécutoires même en province (Cic., *p. Quint.*, 6).
(6) Pomp., *D.*, L, 16, 239, 8; Paul, *D.*, I, 18, 3; II, 1, 20.
(7) Diocl., *Vat. fr.*, 326. Le *forum rei sitæ* apparaît au Bas-Empire. C., III, 19, 3; *Nov.* 69, 1.
(8) Gaius, *D.*, L, 1, 29. Il ne faut pas en conclure qu'on puisse toujours les citer devant l'un ou l'autre de ces magistrats : pour les citer devant le Préteur, il faut qu'il soient de passage à Rome, et encore peuvent-ils, sauf en matière délictuelle, décliner sa compétence en invoquant le droit d'être jugés chez eux (*jus domum revocandi*). Paul, *D.*, V, 1, 24. 1; Cels., ap. Ulp., *eod.*, 2, 3.
(9) Ulp., *eod.*, 2, 1. Paul, *D.*, L, 1, 28. Est nulle la convention entachée d'erreur ou de violence (Jul., *eod.*, 2 pr.; Ulp., *eod.*, 19, 2).
(10) Jul., *D.*, XLIV, 7, 21; Gaius, *D.*, XLII, 5, 3. Cf. Savigny, VIII, 205.
(11) Cic., *Verr.*, I. 13, 38.
(12) Cf. sur cette loi, notre article Lex (*Dict. Antiq.*, III, 1131).

formées : la première, de sénateurs ; la seconde, de chevaliers ; la troisième, de *tribuni ærarii*. Ces derniers furent exclus par J. César, en 708 ; la troisième décurie fut, comme la seconde, composée de chevaliers.

La liste des juges comprenait, à la fin de la République, environ 900 membres, 300 dans chaque section. Auguste porta à 1 000 le nombre des juges de chaque décurie, puis, pour les affaires civiles de peu d'importance, il ajouta une quatrième décurie, recrutée parmi les citoyens ayant la moitié du cens équestre (200 000 sesterces) (1). Caligula en créa une cinquième recrutée de la même manière (2). Cette augmentation rapide du nombre des juges fut la conséquence de l'extension de leurs attributions : jusqu'au VII[e] siècle, ils ne connaissaient que des affaires civiles et seulement lorsque les parties n'étaient pas d'accord pour désigner un citoyen chargé de trancher leur différend. Depuis la loi Calpurnia, de 605, et l'institution des *quæstiones perpetuæ*, ils ont aussi à juger des affaires criminelles. — La liste des jurés, dressée sous la République par le préteur urbain, le fut sous l'Empire par le prince. L'âge minimum, qui était de 35 ans, fut abaissé à 30, puis à 20 ans, mais on ne pouvait être forcé de juger avant 25 ans. Il fallait de plus être Italien ; les provinciaux n'ont été admis que difficilement. Les fonctions de juge étaient viagères, mais il y avait des causes de dispense (3).

A côté des *judices selecti*, il existe, au dernier siècle de la République, deux collèges de juges : les décemvirs *stlitibus judicandis* et les centumvirs. Le premier, qui est composé de plébéiens et de patriciens (4), est compétent pour juger les procès relatifs à la liberté (5). Au début de l'Empire, on lui a retiré cette attribution, et on lui en a

(1) En abaissant le chiffre du cens requis pour figurer sur les listes des juges, Auguste assurait au peuple une justice plus impartiale en ne le laissant pas à la merci des ordres les plus élevés. Cette innovation paraît avoir été étendue à certaines colonies romaines : d'après *CIL.*, XII, 4333, les plébéiens de la colonie de Narbonne chargèrent trois *equites a plebe* et trois *libertini* d'offrir chaque année, le 31 mai, un sacrifice en l'honneur d'Auguste, parce qu'en ce jour de l'an 11, *judicia plebis decurionibus conjunxit*. Ces expressions semblent bien indiquer une participation des plébéiens au *munus judicandi*. Auguste imposa aux décurions les instances organisées par-devant des juges plébéiens. Cette manière de voir, que nous avons défendue (*Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École française de Rome*, I, 298), a été combattue par Mommsen (ad *CIL.*, *cit.*) : le mot *judicium* aurait ici le sens d'approbation. Mais les textes qu'il invoque sont de la fin du IV[e] ou du V[e] siècle. Quelle autorité peut avoir Sidoine Apollinaire pour donner le sens d'un mot au siècle d'Auguste ! Le mot *judicium* dans le sens d'instance se trouve dans Cicéron (*p. Planc.*, 8 : *plebem a judicio dimissam* ; *p. Cluent.*, 23 : *ejus ordinis judicia*) et dans Salluste (*Ep. ad Cæs.*, I, 7, 12 : *judicia primae classis committenda putem*). Quant à la construction de la phrase, cf. Gaius, IV, 172 : *metuens periculum alicui conjungere*, bien que certains éditeurs corrigent sans motif le manuscrit et lisent *injungere*.

(2) Suet., *Cæs.*, 41 ; *Aug.*, 32 ; *Calig.*, 16. Cf. un *adlectus in V decurias a divo Hadriano* (Mél. Rome, 1914, p. 357) ; un autre sous Ant. P. : Gsell, *Inscr. Alg.*, 520.

(3) Callistr., *D.*, IV, 8, 41 ; Plin., *H. n.*, XXXIII, 1, 30 ; *Vat. fr.*, 197-198.

(4) *CIL.*, I, 199 ; VI, 1553. Ce collège existait en 615 : *CIL.*, I, 38.

(5) Cic., *p. domo*, 29, 78 ; *p. Cæc.*, 33, 97 ; Liv., III, 55. Le procès de Virginie montre que les décemvirs *legibus scribundis* s'occupaient aussi de ces procès. De leur temps, comme sous les rois, le *jus* et le *judicium* étaient confondus. Sur les rapports entre ces *judices decemviri* et les décemvirs *legibus scribundis*, cf. Ettore Pais, *Ricerche*, I, 85 ; et sur le procès de Virginie, Appleton, *RH.*, 1924, p. 592.

conféré une autre : les décemvirs président les sections du tribunal des centumvirs.

Le second collège joue un rôle important à la fin de la République et sous le Haut Empire (1). Ses membres étaient élus à raison de trois par tribu; il y en avait 105 pour 35 tribus, mais on avait trouvé plus commode de les appeler centumvirs, comme s'ils n'étaient que 100 (2). L'institution des centumvirs ne paraît donc pas antérieure à l'an 513, date de la création de la 35e tribu. Dans la suite, le nombre des membres du collège a été augmenté : sous Trajan, il dépassait 180 (3). Le tribunal, dirigé par un préteur appelé *ad hastas* (4), était divisé en sections *(hastæ)* présidées d'abord par d'anciens questeurs, puis sous l'Empire par les décemvirs *stlitibus judicandis* (5).

Les centumvirs étaient compétents en matière réelle, et leur compétence paraît avoir été générale (6). Mais les parties pouvaient s'entendre pour demander une formule pétitoire dont l'examen était confié à un seul juge. A défaut d'accord, l'affaire était soumise aux centumvirs. C'est ce qui avait lieu ordinairement pour la plainte d'inofficiosité, car la compétence des centumvirs est ici considérée comme normale, et leurs jugements font jurisprudence. Le renvoi aux centumvirs était vraisemblablement refusé par le magistrat lorsque la valeur du litige était inférieure à 100 000 sesterces (p. 857, 1).

En confiant aux centumvirs le soin de statuer sur les *vindicationes*, aux décemvirs le soin de trancher les questions d'état, on voulut donner aux plaideurs des garanties qu'on n'aurait pu trouver dans un juge unique, et qui étaient nécessaires pour protéger des intérêts aussi graves. Les centumvirs ont conservé leur compétence en matière de succession jusqu'au IIIe siècle (7).

III. **Bas-Empire.**

1. LA JURIDICTION. — Sous la République et le Haut-Empire, les magistrats proprement dits étaient élus par le peuple. A côté d'eux, certains fonctionnaires impériaux ont reçu, dès le Ier siècle de notre ère, des pouvoirs de juridiction : le préfet de la ville, le préfet de l'annone, les procurateurs financiers. Au Bas-Empire, il n'y a plus de magistrats chargés spécialement de rendre la justice. Le trait caractéristique de l'organisation judiciaire, c'est la réunion des fonctions judiciaires et administratives; puis l'établissement d'une hiérarchie entre les fonctionnaires chargés de l'administration des provinces.

(1) CIC., *Brut.* 39; *de orat.* 39; *p. Cæc.*, 24. Il existait au début du VIIe siècle : CIC., *De or.*, I, 56, 238 cite un procès plaidé devant les centumvirs par C. Hostilius Mancinus qui fut consul en 617. Cf. O. MARTIN, *le Tribunal des centumvirs*, 1904.

(2) FEST., vo *Centumviralia judicia.*

(3) PLIN., *Ep.*, VI, 33. Cf. CHÉNON, *le Tribunal des centumvirs*, 1881.

(4) *CIL.*, VI, 1635; XIV, 3602. *Archives des Missions*, 1908, p. 283, no 5. *Inscr. Afr.*, no 44.

(5) SUET., *Aug.*, 36. POMP., *D.*, I, 2, 2, 29.

(6) Procès concernant l'usucapion, la tutelle, la gentilité, l'agnation, l'alluvion, le *nexum*, la mancipation, les servitudes, les testaments. CIC., *de or.*, 1, 38. QUINTIL., IV, 2, 5; V, 10, 115.

(7) PAP., *D.*, XXXI, 76; PAUL, *D.*, 2, 17 pr.; ULP., *eod.*, 8, 14.

Le préteur pérégrin disparaît au IIIe siècle (1). Le Préteur urbain n'a plus d'autre mission que d'offrir, à ses frais, des jeux au peuple (2); ses attributions judiciaires ont été transférées au préfet de la ville qui est le juge ordinaire à Rome et à Constantinople. Partout ailleurs le soin de rendre la justice appartient à des fonctionnaires de l'ordre administratif, aux gouverneurs des provinces. La réunion entre les mains d'un seul d'attributions si différentes est d'autant plus remarquable que le principe de la réorganisation de l'Empire, sous Dioclétien et Constantin, fut la séparation des diverses branches de l'administration. La justice fait seule exception, comme si les empereurs avaient voulu montrer qu'elle était rendue par leurs subordonnés.

Au-dessous des gouverneurs de provinces sont les magistrats municipaux et les *defensores civitatis*. Les premiers ont conservé quelques attributions judiciaires : ce sont eux vraisemblablement qui jugent les affaires de trop minime importance pour être portées devant le tribunal du gouverneur (3). Ils sont autorisés à présider aux affranchissements, à recevoir les demandes de *bonorum possessio,* les déclarations destinées à être enregistrées dans les actes publics (4). — Les *defensores civitatis* ont également une juridiction limitée aux *minores causæ,* d'une valeur de 50, puis de 300 sous d'or (5).

Il existe enfin quelques juridictions spéciales chargées de connaître des procès intéressant les militaires (6), les finances publiques (7) ou la religion. Au IVe siècle, la compétence des tribunaux ecclésiastiques pouvait même être prorogée sur la demande des plaideurs et appliquée aux affaires civiles. Depuis longtemps, il était d'usage, parmi les chrétiens, de soumettre leurs différends à leur évêque plutôt qu'aux magistrats. Constantin confirma cet usage et, pour montrer sa confiance dans la juridiction des évêques, il permit aux plaideurs de demander, au cours d'une instance, leur renvoi devant l'évêque à qui appartiendra désormais la décision du litige (8). Cette règle exor-

(1) Il est mentionné dans deux inscriptions relatives, l'une à l'un des consuls de 212 (*CIL.*, XIV, 2509), l'autre à un légat de Mésie de l'an 224 qui fut préteur pérégrin sous Caracalla ou Héliogabale (*CIL.*, III, 6154, 7591). Cf. *Syria*, 1926, VII, 63.

(2) *C. Th.*, VI, 4, 7. Cf. Boeth., *De consol.*, III, 4.

(3) Honor., *C. Th.*, II, 2, 8 pr., 2 (Italie).

(4) Constantin, *C.*, VII, 1, 4; VI, 9, 9; Valent. I, *C. Th.*, V, 13, 20. *Magistratus aut quicumque in locis erit qui conficiendorum actorum habeat potestatem.* Cf. pour le *defensor*, Théod. II, *C. Th.*, VIII, 12, 8.

(5) *C.*, I, 55, 1; *Nov.* 15, c. 3, 4. Ce *defensor* eut d'abord pour mission de protéger la plèbe des villes et des campagnes contre les injustices des Puissants (p. 8, 4). On étendit ensuite ses attributions. En 385, il y avait des *defensores civitatis* ou *locorum* dans toutes les provinces : *C.*, I, 55, 4.

(6) La compétence des maîtres de la milice, ducs, comtes, dans les causes civiles où le défendeur tout au moins est militaire, a été admise, en 413, par Théodose II (*C.*, III, 13, 6). Cf. Anast., *C.*, XII, 36, 18 pr.; Just., *Pro petit. Vigil.*, 2.

(7) Constantin, *C.*, III, 26, 5.

(8) *C. Th.*, I, 27, 1. La première loi du recueil de Sirmond, adressée au préfet d'Orient Ablabius, attribue à Constantin deux autres innovations réalisées en 333 : 1° la sentence de l'évêque a l'autorité de la chose jugée, les magistrats doivent en assurer l'exécution; 2° tant que le jugement n'est pas rendu par le magistrat, le renvoi à l'évêque est de droit s'il est demandé par l'un des plaideurs et malgré

bilante fut abrogée en Orient en 398 (1), puis en Occident en 452 (2) : l'évêque ne peut, dans les affaires civiles, jouer d'autre rôle que celui d'un arbitre (3).

Les gouverneurs de provinces sont moins puissants qu'autrefois. D'une part, leur autorité s'étend sur un territoire moins vaste : les provinces ont été morcelées. L'Égypte, par exemple, au lieu d'être administrée par un préfet, est divisée en cinq et, depuis Arcadius, en six provinces. D'autre part, les gouverneurs sont, sauf quelques exceptions, placés sous l'autorité des vicaires des diocèses qui dépendent eux-mêmes des préfets du prétoire régionaux. Le groupement des provinces en diocèses eut pour but de rendre plus efficace la surveillance des préfets. Ceux-ci sont à leur tour chargés de la haute administration d'une région de l'Empire : Orient (Thrace, Asie, Égypte), Illyrie (Dacie, Macédoine, Grèce), Italie et Afrique, Gaules (avec la Bretagne, l'Espagne et la Maurétanie Tingitane). Ainsi s'est établie cette hiérarchie de fonctionnaires qui a servi de base aux juridictions d'appel.

Justinien a modifié partiellement l'organisation provinciale : il a, dans plusieurs régions de l'Orient, créé un certain nombre de grands gouvernements (4): il a aussi supprimé les vicaires des diocèses (5) et réuni les pouvoirs civils et militaires aux mains d'un seul (6). Mais ces réformes n'ont pas été appliquées à l'Occident après sa réunion à l'Empire d'Orient (7).

2. Compétence. — Les règles sur la compétence n'ont pas été modifiées en principe, mais on a multiplié les tribunaux d'exception en faveur de certaines classes de personnes (8). Une règle nouvelle a été introduite pour les actions réelles (p. 812, 7) : le magistrat compétent est celui du lieu où la chose est située *(forum rei sitæ)*. Cette innovation s'explique par le changement de procédure : au Bas-Empire, les condamnations en matière réelle portant sur la chose, on a attribué compétence au magistrat le mieux placé pour veiller à l'exécution du jugement.

l'opposition de son adversaire. L'authenticité de cette loi a été contestée par Godefroy, défendue par Hænel et Bethmann-Holweg; elle est douteuse pour Krüger (*Gesch.*, 334). Les décisions qu'elle contient sont excessives; mais ce qui en rend vraisemblable l'existence, ce sont les lois postérieures qui les ont d'abord en partie confirmées, puis abrogées.

(1) Arcadius, *C.*, I, 4, 7. Son collègue d'Occident, Honorius, confirme, au contraire, en 408, la force exécutoire des jugements des évêques (*ibid.*, 8).

(2) *Nov. Valent.*, 34 pr. L'évêque ne peut connaître que des affaires relatives à la religion *quoniam constat episcopos et presbyteros forum legibus non habere*: en toute autre matière, il ne peut statuer qu'en vertu d'un compromis. *Si ambo.. nolint, vel alteruter, agant publicis legibus et jure communi.* Cf. Ed. Cuq, *Atti del congresso di scienze storiche*, 1904, IX, 245, et sur les destinataires de ces lois, Cuq, sur Borghesi, X, 201, 4; 285; 584; 620.

(3) En certains cas, la loi reconnaît à l'évêque un droit de surveillance sur les magistrats : déni de justice (*Nov.* 86), mauvais traitements envers les prisonniers (Honor., *C. Th.*, IX, 3, 7 : Italie).

(4) *Nov.* 11 pr.; 28, c. 1; 20 pr.; 29, c. 1 ; pour l'Égypte, 13e Édit, c. 19; 22.

(5) *Nov.* 8, c. 2, 3 et 5; *Nov.*, 20, c. 6.

(6) *Nov.* 26 pr., c. 1. En Egypte, en Libye, en Thébaïde, le duc, chef militaire, reste distinct du gouverneur civil, mais il en est le supérieur hiérarchique : 13e Édit, c. 18 et 20.

(7) Pragmatique *pro petitione Vigilii* de 554, c. 23. L'Afrique forme, depuis 534, une préfecture distincte. Cf. Ed. Cuq, sur Borghesi, *Œuvres*, X, 653.

(8) Sénateurs, clercs, moines, soldats, etc.

3. Évocation. — Les règles sur la compétence sont parfois modifiées par l'effet d'une demande d'évocation : l'un des plaideurs sollicite de l'empereur le renvoi de l'affaire, soit devant un autre juge, soit devant le consistoire impérial. La demande est motivée tantôt par la difficulté de l'affaire, tantôt et plus souvent par la crainte de ne pouvoir obtenir justice, en raison de la puissance de l'adversaire ou de la partialité du juge. L'évocation n'est possible qu'avec l'autorisation de l'empereur (1). C'est une mesure grave non seulement parce qu'elle trouble le cours normal de la justice, mais aussi parce qu'elle impose à l'adversaire des frais énormes et l'oblige à quitter pour longtemps sa maison et sa famille et à plaider dans un lieu où il n'a ni ses titres ni ses témoins. Constantin refusa d'autoriser l'évocation contre les pupilles, les veuves, les malades, les faibles. Marcien prit une mesure plus radicale; l'évocation était si fréquente au milieu du v[e] siècle, que la capitale était pleine de plaideurs venus des extrémités de l'Empire aussi bien que des provinces voisines. L'empereur espère mettre fin à cet abus en recommandant aux juges d'être plus sévères et plus intègres, et en décidant que l'évocation ne sera plus accordée, sauf le cas où l'on aurait pour adversaire un Puissant (2).

4. Lieu et temps consacrés à la juridiction. — Le morcellement des provinces eut pour effet de rapprocher les gouverneurs de leurs administrés. Ils exercent la juridiction au chef-lieu de la province ; ils ne tiennent plus de *conventus*, mais ils peuvent occasionnellement juger quelques procès au cours de leurs tournées d'inspection (ἐπιδημίαι) (3).

Les audiences des magistrats ne sont pas publiques : en principe, elles se tiennent à huis clos. C'est une grave innovation ; elle a d'abord été appliquée aux affaires les moins importantes ; puis, au v[e] siècle, le secret est devenu la règle générale : le public, exclu par des barrières ou des voiles, n'est admis qu'à titre exceptionnel (4). Assistent à l'audience les auxiliaires des magistrats et les parties, ainsi que les personnes qui ont leurs entrées au *secretarium* (5).

Le temps consacré à la juridiction fut réduit, dès le règne de Constantin, par la défense adressée aux magistrats de siéger le dimanche (6) ; ce fut une première brèche dans le régime établi sous Marc-Aurèle. Lorsque le culte païen fut définitivement aboli par Théodose I[er], il fallut établir à nouveau la liste des jours fériés : ceux qui rappelaient les souvenirs du paganisme furent supprimés ; on les remplaça par les jours des principales fêtes de la religion chrétienne (7). Ces jours-là, tout acte judiciaire ou d'exécution fut interdit à peine de nullité (8).

(1) Sanction : peine contre le plaideur et son avocat (Arcad., *C. Th.*, II, 1, 9).
(2) *C. Th.*, I, 22, 2; *Nov. Marc.*, I, 1. Cf. Monnier, *Études*, II, 61.
(3) *P. Leipzig*, 37, l. 26; J. Maspero, *P. Caire*, 67009 r°, l. 20.
(4) Constantin, *C. Th.*, I, 12, 1 ; Honor., *C. Th.*, II, 1, 8, 3 ; II, 4, 7 ; XI, 7, 20 ; XIII, 9, 6 (Afrique); Lyd., *De mag.*, III, 37; Sid. Apoll., I, 2.
(5) Salv., *De gub. Dei*, III, 52. Voir cep. Honor., *C. Th.*, I, 20, 1.
(6) *C.*, III, 12, 3; *C. Th.*, II, 8, 1.
(7) *C. Th.*, *eod.*, 19. Godefroy évalue à 240 le nombre des jours non fériés.
(8) Léo, *C.*, III, 12, 11 (Orient). Cf. Théod. II, *C.*, I, 5, 5. On peut en tout temps affranchir ou émanciper.

CHAPITRE II

Les actions et les autres voies de droit.

I. Les actions.

§ 1er. **Divisions des actions.** — Les actions sont : d'après le droit qui leur sert de fondement, personnelles ou réelles ; d'après leur objet, *rei persecutoriæ* ou pénales ; d'après les personnes qui peuvent les exercer, privées ou populaires ; d'après leur durée, perpétuelles ou temporaires, transmissibles ou intransmissibles.

A côté de ces divisions qui présentent un caractère rationnel, il en est d'autres qui portent la trace du développement progressif de la législation : les actions sont civiles ou prétoriennes, suivant qu'elles sont données en vertu de la loi ou de l'*imperium* du Préteur ; utiles ou directes, suivant qu'elles sont ou non accordées en dehors des cas pour lesquels elles ont été créées ; *in factum* ou *in jus*, suivant que le juge a mission de vérifier un fait matériel ou juridique. Enfin les droits consacrés par les empereurs donnent lieu en général à l'époque classique à une procédure particulière appelée *persecutio extra ordinem* (p. 887).

1. Actions personnelles, actions réelles. — La distinction des actions personnelles et des actions réelles correspond, en principe, à la distinction des droits de créance et des droits réels. L'action personnelle est la sanction d'une obligation : elle s'exerce contre une personne déterminée, celle qui est tenue à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose (1). Que l'obligation dérive d'un contrat, d'un délit ou de toute autre cause, il n'importe. L'action réelle est avant tout la sanction des droits que nous avons sur les choses : de là son nom *actio in rem*. L'action réelle par excellence est la revendication (2). Sont également réelles les actions qui sanctionnent les droits de servitude ou d'hypothèque, etc. Dans un sens large, on range parmi les actions réelles toute action qui ne sanctionne pas une obligation (3) et qui, par suite, ne s'exerce pas contre une personne déterminée à l'avance (pétition d'hérédité, actions relatives à l'état des personnes) (4).

Cette notion des actions personnelles ou réelles n'a pas été rigoureusement maintenue. Il y a quelques actions personnelles *in rem scriptæ*, en ce sens qu'elles ne se donnent pas exclusivement contre une personne déterminée : telle est l'action *quod metus causa*, qui peut être

(1) Ulp., *D.*, XLIV, 7, 25 pr. : *In personam actio est qua cum eo agimus qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eumdem locum habet. Inst.*, IV, 6, 1.

(2) P. 292. Ulp., *eod. : In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet.*

(3) *Inst.*, IV, 6, 1 : *Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam.*

(4) On remarquera que le mot *actio* est appliqué aux actions réelles *(petitiones)* aussi bien qu'aux actions personnelles, quoique, d'après la définition de Celsus, il convienne plutôt aux actions personnelles. Ulpien confirme cette double acception du mot *actio* (*D.*, L, 16, 178, 2 ; cf. Pomp., *D.*, XLIV, 7, 37).

intentée contre quiconque a tiré profit de la violence commise au préjudice du demandeur (1). D'autre part, les actions réelles font à certains égards fonction d'actions personnelles : tel est le cas de la pétition d'hérédité et même de la revendication.

2. Actions *rei persecutoriæ*, actions pénales. — Sont *rei persecutoriæ* les actions par lesquelles nous réclamons une chose ou une valeur qui manque à notre patrimoine; elles ont pour but d'éviter une perte au demandeur : telles sont les actions réelles, presque toutes les actions contractuelles ou quasi-contractuelles, quelques actions données à l'occasion d'un délit (*condictio furtiva*, action *rerum amotarum*). Les actions pénales ont pour but d'infliger une peine au défendeur (2).

3. Actions privées, actions populaires. — Les actions sont, en principe, la sanction des droits appartenant aux particuliers : ce sont des actions privées. Il y a cependant un certain nombre d'actions pénales destinées à réprimer quelques délits commis au préjudice de l'État (péculat, dommage causé *injuria*, nouvel œuvre) (3) ou même de simples contraventions à des règlements municipaux (4), ou à l'Édit du Préteur (5). L'exercice en est confié à tout citoyen : ce sont des actions populaires.

Les actions populaires sont de deux sortes : les unes établies par la loi, les autres par l'Édit. Les délits sanctionnés par les premières doivent, en principe, être punis par les magistrats de la cité, en usant des moyens de coercition dont ils disposent (saisie d'un gage, amende arbitraire) (6); mais, par une singularité remarquable, on leur laisse la faculté de demander au Préteur, ou à celui d'entre eux qui est chargé de l'administration de la justice, l'organisation d'une instance (7) tendant, suivant les cas, à la réparation du dommage ou à une amende fixe (8) : la justice civile est substituée à la justice administrative à la requête des représentants de la cité (9). Cette singularité n'est pas la seule : la faculté de demander l'intervention de la justice civile a été étendue à de simples particuliers. La loi, se défiant du zèle des magistrats, permet à tout citoyen de prendre en mains la défense de l'intérêt public. Cette faculté ne lui confère pas plus de droit que

(1) Autres exemples : action *aquæ pluviæ arcendæ*, interdit *quod vi aut clam*.

(2) Gaius, IV, 6-8. L'intérêt pratique de cette classification a été indiqué p. 556.

(3) Loi de Malaga, c. 67. Loi de Tarente, I, 4 (*N. R. H.*, XX, 113). Cic., *Brut.*, 34. Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 3, 4; Paul, *eod.*, 4.

(4) *Lex Luci Lucerini* (*CIL.*, IX, 782). Loi de Malaga, c. 58, 62; de Salpensa, c. 26. Loi agraire de J. César de 695 *de termino moto* (*D.*, XLVII, 21, 3 pr.).

(5) Exemples : action *de albo corrupto* (Ulp., *D.*, II, 1, 7 pr.), *de effusis et dejectis* (p. 591). Il y a aussi des interdits populaires *de via publica*, *de flumine publico* (Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 34; 13, 1, 9), etc., et un interdit, établi par faveur pour la liberté *de homine libero exhibendo* (Ulp., *D.*, XLIII, 29, 3, 9).

(6) *Lex luci Lucerini* (du vi[e] siècle) : *Seive macistratus volet multare, licetod*.

(7) Loi latine de Bantia (*CIL.*, I, 197, l. 8) : *eam pequniam quei volet magistratus exsigito. Sei postulabit quei petet, pr[ae]tor recuperatores ... dato jubetoque eum, sei ita pariat, condemnari popul[o]*. La loi attribue ici au Préteur une compétence spéciale, car en principe il ne connaît que des procès entre particuliers.

(8) *Lex luci Lucerini* : [*Ceiv*]*ium quis volet pro joudicatod n. L. manum injectio estod*. *CIL.*, VI, 3823. Action en revendication *de aqua*, p. 294, 4.

(9) Dans quelques cas, un citoyen est chargé d'intenter une action dans l'intérêt public. Édit d'Auguste sur l'aqueduc de Venafre : *Is cui ex decreto decurionum... negotium datum erit agenti...* (*CIL.*, X, 4842); loi de Genetiva Julia, c. 51.

n'en aurait le magistrat : comme lui, le citoyen agit au nom et pour le compte de la cité (1). Peut-être recevait-il, à titre de prime, une part de l'amende infligée au délinquant (2), et dont le recouvrement était confié au magistrat (3).

Il en est tout autrement des actions populaires prétoriennes (4) : comme toutes les actions créées par le Préteur, ce sont des actions privées. Celui qui exerce une de ces actions populaires agit pour son compte personnel et à son profit exclusif (5). Ces actions ont été créées en vue de remédier à certaines imperfections de l'administration de la justice. Pour réprimer efficacement des contraventions qui, pour la plupart, ont trait à la police de la voirie ou des cours d'eaux, il aurait fallu donner aux magistrats les moyens de les découvrir. Mais la police était organisée d'une façon trop insuffisante pour que la surveillance fût effective : on fit des bons citoyens les auxiliaires des magistrats. Leur zèle pour le bien public trouvait un stimulant et une récompense dans le montant de la condamnation qu'ils obtenaient contre le délinquant; mais le droit ne comptait dans leur patrimoine qu'à dater de la *litis contestatio* (6). C'était une prime au plus diligent.

Le Préteur a apporté quelques restrictions à l'exercice de ce droit : s'il y a concurrence entre plusieurs citoyens pour intenter l'action populaire, il donne la préférence à celui qui justifie d'un intérêt ou qui lui paraît plus apte à exercer la poursuite (7). Sont exclus les femmes et les impubères, à moins qu'ils n'aient intérêt, les personnes privées du *jus postulandi*, ou suspectes d'agir par collusion ou par chicane (8). Enfin le Préteur exige qu'on agisse en personne; seul, celui qui a intérêt peut être admis à constituer un *procurator* (9).

Quelques actions populaires sont données à titre subsidiaire : telle est l'action publique de la loi Plætoria, la *postulatio suspecti tutoris*, l'action *de sepulcro violato*. Ces actions sanctionnent des actes illicites commis au préjudice d'un particulier : elles ont été créées pour faciliter la répression du délit, au cas où l'intéressé ne l'exigerait pas lui-même (p. 526, 1).

4. Actions perpétuelles, actions temporaires. — En général, les actions sont perpétuelles comme les droits qu'elles sanctionnent : le droit

(1) Paul, *D.*, XXXIX, 1, 8, 3 : *Quoniam de eo opere alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor*. Dès le temps des actions de la loi, il était permis d'agir *pro populo* (Gaius, IV, 82).
(2) Gaius, *D.*, XXIX, 5, 25, 2; cf. Plaut., *Pers.*, V, 66-70 (action populaire contre les usuriers donnant lieu à la *manus injectio* et soumise au jugement des *tres viri capitales* (p. 842, 4).
(3) Loi de Tarente, l. 36 : *magistratus quei exegerit*.
(4) Cf. Bruns, *Z. Rg.*, III, 141; Maschke, *Sav. Z.*, VI, 226; Costa, *Riv. Ital.*, XI, 358; Voigt, I, 397; II, 405; Karlowa, II, 979 : Mommsen, *Strafr.*, II, 199, 1.
(5) Paul, *D.*, III, 3, 43, 2 : *In popularibus actionibus, ubi qui quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator præstare cogendus non est.* C'est une conséquence de la communauté existant anciennement entre tous les citoyens.
(6) Mæc., *D.*, XXXV, 2, 32 pr.; Ulp., *D*, L, 16, 12. A dater de ce moment, l'intérêt public se confond avec l'intérêt du demandeur; le défendeur peut opposer à tout autre poursuivant l'*exceptio vulgaris rei judicatæ*. Ulp., *h. t.*, [*D.*, XLVII, 23], 3.
(7) Ulp., *h. t.*, 3, 1; Paul, 2; cf. Ulp, *D.*, XLIII, 8, 2, 2 et 12.
(8) Ulp., *h. t.*, 6; Paul, 4; Ulp., *D.*, XLIII, 29, 3, 10.
(9) Paul, *h. t.*, 5.

classique ne connaît pas de prescription extinctive. Par exception, la plainte d'inofficiosité et les actions relatives à l'état des personnes doivent être exercées dans le délai de cinq ans : c'est l'intervalle entre deux censures.

Les actions pénales sont en général annales (1) : la brièveté de ce délai est sans doute un vestige du système de la vengeance privée. Une année est plus que suffisante pour permettre à la victime de demander la répression du délit ; on ne conçoit pas qu'elle tarde à manifester son ressentiment. Sont encore annales les actions rescisoires et l'*in integrum restitutio* qui ont pour but de faire cesser une iniquité ; les actions prétoriennes (2), sauf lorsqu'elles sont données à l'exemple du droit civil comme la Publicienne, l'action de vol au quadruple. Les actions édiliciennes ne sont accordées que pendant un an, six mois ou deux mois.

Les délais fixés par l'Edit sont des délais *utiles* : ils ne courent qu'à partir du moment où *experiundi potestas fuit*. Il faut : que le défendeur ait pu être cité en justice ; que le demandeur ait eu la faculté d'agir par lui-même ou par un mandataire ; qu'il ait eu la possibilité de s'adresser au magistrat. S'il y a un empêchement provenant du défendeur, du magistrat, ou même du demandeur lorsque la cause en est légitime, le délai ne commence pas à courir. Il en est de même lorsque le demandeur a commis une erreur excusable (3). Ces divers empêchements retardent le point de départ du délai : ils n'en arrêtent pas le cours (4).

5. Actions transmissibles ou intransmissibles. — En règle générale, les actions se transmettent activement et passivement aux héritiers : la mort du sujet actif ou passif du droit n'est pas une cause d'extinction des actions. Il y a cependant des actions qui sont intransmissibles activement; d'autres le sont passivement. Sont intransmissibles activement l'action d'injures et les actions analogues (5) qui supposent un tort causé à la personne plutôt qu'au patrimoine, l'a. contre l'*adstipulator*, les actions populaires (6). Sont intransmissibles passivement les actions

(1) L'action *auctoritatis* dure, suivant les cas, un ou deux ans. Sont perpétuelles les actions *rationibus distrahendis, arborum furtim cæsarum* : Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 23; XLVII, 7, 7, 6. Les actions annales existaient au temps de Servius (Paul., *D.*, XL, 12, 24, 1).

(2) Gaius, IV, 110. Suivant *Inst.*, IV, 12 pr., ce délai aurait été fixé d'après la durée des fonctions du Préteur. Cette raison n'est pas bonne, car il y a des actions prétoriennes perpétuelles; une action peut être donnée par un Préteur en vertu de l'édit d'un de ses prédécesseurs (Cic., *p. Quint.*, 8; Gaius, IV, 16). Ce qui est certain, c'est qu'il ne s'agit pas d'une prescription extinctive, mais d'un terme fixé par l'Edit pour l'exercice de l'action (*dies actionis exit*), on s'en prévalait sans forme d'exception. On n'a pas voulu qu'à moins de cause grave, la promesse d'une action par un Préteur pût lier ses successeurs au delà d'un délai très bref.

(3) Ulp., *D.*, XLIV, 3, 1; Pap., *D.*, XXI, 1, 55; cf. Ulp., *D.*, III, 2, 8.

(4) Unterholzner, *Ueber die Berechnung des* tempus utile *der honorarischen Temporalklagen*, 1891, p. 44. S'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas que le Préteur promette l'*in integrum restitutio* pour cause d'absence *si cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur* (*D.*, IV, 6, 1, 1). La règle ne s'applique pas au calcul du délai accordé pour demander la *bonorum possessio* (Ulp., *D.*, XXXVIII, 15, 2 pr.) : ici l'on déduit les jours où l'on n'a pu agir.

(5) Action *sepulcri violati, de mortuo inferendo*, plainte d'inofficiosité (Gaius, *D.*, XI, 7, 9). Cf. *D.*, III, 6, 4; Ulp., *D.*, II, 4, 24.

(6) Paul., *D.*, XLVII, 23, 7 pr.

pénales, l'action contre le *sponsor* ou le *fidepromissor*. — L'intransmissibilité des actions cesse à partir de la *litis contestatio;* de même les actions temporaires deviennent perpétuelles : c'est une conséquence de la transformation subie par le droit déduit en justice (1).

§ 2. **Concours d'actions.** — Deux actions concourent, lorsqu'elles tendent au même but, à la réparation du même dommage ou à la restitution de la même chose (2). Permettre de les exercer cumulativement serait une iniquité : celui qui a reçu satisfaction en exerçant l'une des actions ne peut intenter l'autre. Cette règle, admise par Servius, en cas de concours de deux actions contractuelles (3), a été par la suite étendue au cas de concours d'une action contractuelle et d'une action en revendication, ou d'une *condictio,* ou même d'une action pénale (4).

Il y eut des divergences sur les conditions requises pour exclure la seconde action : suffit-il d'avoir exercé la première action, ou faut-il de plus avoir obtenu satisfaction? Cela dépend : si l'ayant droit n'a que le choix entre deux actions (5), l'exercice de l'une le rend non recevable à intenter l'autre, sous peine d'être écarté, soit *ipso jure,* soit par une exception *in factum* (6). S'il a réellement deux actions (7), il doit se contenter de l'une d'elles, pourvu qu'il ait reçu satisfaction : à cette condition seulement, l'équité commande de le débouter de la seconde action. Il sera écarté par l'office du juge si l'action est de bonne foi, sinon par une exception de dol insérée dans la formule (8).

Un dernier progrès restait à réaliser : devait-on exclure la seconde action lorsqu'elle était plus avantageuse que la première? Il parut contraire à l'équité d'empêcher le demandeur de réclamer la différence entre le montant des deux actions. Cette solution était d'ailleurs commandée par la règle du concours sainement interprétée : les deux actions ne concourent point dans la mesure où l'une tend à une prestation supérieure. Le Préteur permettra d'intenter la seconde action,

(1) Gaius, *D.*, L, 17, 139 pr. : *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* Cf. Ulp., *D.*, XII, 2, 9, 3. Riccobono, *Sav. Z.*, XLVII, 75.

(2) Ulp., *D.*, L, 17, 43, 1. Paul a composé un livre *de concurrentibus actionibus.* Cf. Merkel, *Ueber den Konkurs der Aktionen,* 1877.

(3) Ap. Afr., *D.*, XIX, 2, 35, 1. Proculus (ap. Paul, *D.*, XVII, 2, 38, 1) applique cette règle en cas de concours des actions *pro socio* et *communi dividundo;* mais Ulpien (*eod.*, 43) fait observer que l'action *pro socio* a un objet plus étendu, puisqu'elle s'applique aux créances, et qu'elle ne comporte pas d'adjudication : on pourra donc, après avoir exercé l'a. *communi dividundo,* recourir à l'a. *pro socio*, en déduisant ce qu'on a obtenu par la première. Cf. Ad. Berger, *Teilungsklagen,* 145.

(4) Concours de l'action *empti* et de l'action née d'une stipulation de peine (p. 600, 2). Ulp., *D.*, XXVII, 3, 1, 21 (actions *tutelæ* et *rationibus distrahendis*); Ulp., *D.*, IX, 2, 27, 11 (actions *locati* et *legis Aquiliæ*). Cf. p. 572, 5; 607. La règle n'a pas été appliquée au concours de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* qui ont chacune un objet distinct (p. 567).

(5) Ulp., *D.*, XIV, 4, 9, 1 : *Eligere quis debet qua actione experiatur..., cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

(6) Pomp., *D.*, IV, 2, 14, 13 : *Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est..., et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.*

(7) Gaius, *D.*, XLVII, 7, 9 (a. *locati* et *arborum furtim cæsarum*) : *una actione contentus esse debet actor;* Paul, *D.*, IX, 2, 18; XVII, 2, 50 (a. *pigneraticia* ou *pro socio* et *leg. Aquiliæ*).

(8) Paul, *D.*, XLIV, 7, 34 pr. : *Quoniam desinit bonum et æquum esse condemnari eum qui æstimationem præstitit;* Ulp., *D.*, IV, 9, 3, 5.

mais en restreignant la *condemnatio* à ce que cette action présente de plus avantageux (1).

La règle du concours des actions ne fut pas tout d'abord appliquée aux actions pénales : lorsqu'un même fait donne naissance à deux délits distincts, la victime peut exiger cumulativement la peine fixée par chacune des lois qui ont été violées (2). Mais une opinion plus indulgente, indiquée dans quelques textes classiques, a été consacrée par Justinien : la seconde action ne peut être exercée que dans la mesure où elle est plus avantageuse ; sinon elle doit être écartée (3).

§ 3. **Action servant à préparer une autre action.** — Il ne faut pas confondre avec le concours d'actions le cas où deux actions peuvent être successivement intentées en raison d'un même fait, parce que la première sert à préparer et à rendre possible la seconde : tel est le but de l'action *ad exhibendum*. Cette action, qui, anciennement, permettait à celui qui n'avait que la propriété de fait, de reprendre sa chose indûment retenue par autrui (4), a pour but principal de faciliter la revendication des meubles (5). Celui qui, ayant perdu un meuble, apprend qu'on en a vu un semblable en la possession d'un tiers, ne s'engagera pas dans un procès en revendication avant de s'être assuré de l'identité de l'objet : il demandera à le voir. Si le possesseur refuse de l'exhiber (6), l'action *ad exhibendum* sert à vaincre sa résistance. Cette action s'applique également dans tous les cas où l'exercice d'une action réelle ou personnelle ou même d'un interdit est subordonné à la désignation exacte de l'objet réclamé (7).

L'action *ad exhibendum* se donne contre toute personne qui possède la chose ou a cessé par dol de la posséder ; on l'a étendue à toute personne qui est en mesure d'exhiber la chose, alors même qu'elle n'en

(1) Tel est l'avis de Trebatius (*D.*, XLVII, 7, 1). D'après Pomponius, en cas de concours de la *condictio furtiva* et de la revendication, le demandeur, qui a obtenu la *litis æstimatio* en exerçant la *condictio*, peut intenter la revendication à la condition de rendre ce qu'il a reçu : il y trouve l'avantage d'obtenir ou la restitution de la chose ou une condamnation fixée d'après son serment *in litem* (*D.*, XLVII, 2, 9, 1). PAUL. *D.*, XLIV, 7, 34, 2 ; ULP., *D.*, XIII, 6, 7, 1. PROC., *D.*, IX, 2, 27, 11, n'admet pas ce tempérament.

(2) LAB., ap. PAUL., *D.*, XLVII, 7, 1 ; ULP., *D.*, XLVII, 10, 15, 46 (a. *injuriarum* ou a. *arborum furtim cæsarum* et a. *leg. Aquiliæ*) ; PAP., *D.*, XLVIII, 5, 6 pr. (a. *injuriarum, leg. Aquiliæ, servi corrupti*) ; ULP., *D.*, XLVII, 1, 2, 1 (a. *furti, leg. Aquiliæ*) : PAUL., *D.*, XLVII, 7, 11 ; HERM., *D.*, XLIV, 7, 32. Cf. *D.*, L, 17, 130.

(3) *D.*, XLVII, 3, 1 : Paul admet cette opinion en cas de concours des a. *furti et vi bonorum raptorum* (*D.*, XLVII, 8, 1), *injuriarum, leg. Aquiliæ* (*D.*, XLIV, 7, 34 pr.). MOD., *eod.*, 53 pr. Cf. sur l'interpolation de certains textes, p. 556, 3.

(4) AQUIL., ap. ULP., *D.*, XIX, 1, 17, 6. Elle a conservé cette fonction dans certains cas d'accession : elle permet à celui qui a perdu la propriété de la chose accessoire d'en demander la séparation (p. 265, 6). De même lorsque ma chose a été transportée sur le fonds d'autrui par force majeure (*D.*, X, 4, 5, 4-5 ; 9, 1).

(5) ULP., *h. t.*, 1 : *In usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta.*

(6) PAUL., *h. t.*, 2 : *Exhibere est facere in publico potestatem ut ei qui agat sit experiundi copia.* Cf. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, 1872.

(7) Action hypothécaire, confessoire d'usufruit, interdit, exercice d'un droit d'option par un légataire, action *furti*, action noxale (*h. t.*, 3, 3-7 ; PAUL., 12, 2). Dans ces derniers cas, on peut demander l'exhibition de plusieurs choses pour pouvoir reconnaître celle qui a été volée ou celui des esclaves qui a commis le délit et dont on ignore le nom (ULP., *h. t.*, 11, 2).

aurait ni la possession ni la détention (1). Le demandeur doit justifier d'un intérêt (fondé sur de bonnes raisons) (2); il n'a pas à prouver l'existence du droit qu'il se propose de faire valoir par une action subséquente. Le juge connaîtra sommairement de l'affaire; c'est une question d'équité qu'il a à résoudre (3): convient-il d'autoriser le demandeur à examiner la chose? Le défendeur ne peut en général s'y opposer, car la chose reste entre ses mains, et ses droits, s'il en a, sont réservés; il les fera valoir lorsqu'il sera poursuivi par l'action en revendication (4).

L'action *ad exhibendum* est personnelle, civile (5) et arbitraire (6) : le défendeur qui exhibe la chose est absous, mais le demandeur a la faculté d'exercer l'action directe. Le refus d'exhiber entraîne une condamnation dont le montant est calculé d'après la valeur de la chose et suivant l'estimation faite par le demandeur sous la foi du serment (7) : le payement de cette condamnation donne satisfaction au demandeur et le rend non recevable à exercer la revendication.

§ 4. **Les actions sous Justinien.** — L'action n'est plus une solennité à accomplir, comme au temps des actions de la loi, ni le droit de s'adresser à un juge investi par le magistrat du *munus judicandi :* c'est la faculté de recourir à la justice publique pour faire respecter un droit méconnu et obtenir, s'il y a lieu, la réparation du préjudice causé (8). Mais à la différence du droit moderne, on ne peut user de cette faculté que dans les cas où il existe une action appropriée. C'est là un vestige de la conception antique, une restriction dont on n'a pas réussi à s'affranchir.

On a même conservé des distinctions qui n'avaient qu'une raison d'être historique, comme celles des actions civiles et prétoriennes, *in jus* ou *in factum,* directes, utiles ou fictices, des actions de droit strict ou de bonne foi. Ces distinctions sont d'ailleurs plus nominales que réelles (9); elles ont en partie perdu leur signification essentielle. Jus-

(1) Tel serait un entrepreneur de transport qui aurait momentanément déposé les marchandises dans un local appartenant à un tiers (Cels., *h. t.*, 5 pr.).

(2) Nerat., *h. t.*, 3. 11; Alf., ap. Paul, *eod.*, 19. L'intérêt doit exister lors de la *litis contestatio* et subsister lors du jugement : l'équité veut que le défendeur soit absous si le demandeur n'a plus intérêt à cette dernière époque (Lab., ap. Ulp, *h. t.*, 7, 7). C'est une différence avec la revendication.

(3) Ulp., *eod.*, 3, 9 et 14; *Inst.*, IV, 6, 31 : *ex arbitrio judicis pendet.*

(4) A moins que les exceptions qu'il peut opposer à la demande ne soient évidentes (Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 3, 13).

(5) Ulp., *h. t.*, 3, 2-3. L'origine civile de l'action a été contestée : mais dans un cas où l'on se demande s'il y a lieu à l'a. *ad exhibendum*, Ariston déclare *nullam juris civilis actionem esse* (*D.*, XIX, 5, 16, 1). C'est aussi une action *in rem scripta;* elle a une *condemnatio incerta* (Gaius, IV, 51), et même, suivant Lenel (I, 255), une *intentio incerta.* Elle est intransmissible activement et passivement (Jul., *h. t.*, 8; Paul, 12, 6). Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XLVIII, 564.

(6) *Inst.*, IV, 6, 31; 17, 3.

(7) Ulp., *D.*, *h. t.*, 3, 2.

(8) La distinction de l'*actio*, donnée en vertu de la loi, et du *judicium*, donné en vertu de l'Édit, a disparu. Le mot *actio* a remplacé celui de *judicium*, par exemple dans les expressions *actiones bonæ fidei* ou *stricti juris*, qui sont étrangères aux classiques. Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, 103.

(9) C'est la remarque faite par les compilateurs dans un texte attribué à Paul (*D.*, III, 5, 46, 1) et dont l'interpolation est depuis longtemps reconnue (Wissenbach, *Emblemata Triboniani*, 1633) : *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conve-*

tinien range parmi les actions de bonne foi l'action *de dote,* résultant de la stipulation, contrat de droit strict, et la pétition d'hérédité qui est une action réelle. A l'inverse, il crée une nouvelle classe d'actions, celle des actions *mixtes* (1), doublement vicieuse, d'abord parce qu'elle s'applique à des actions de nature très différente, aux actions à la fois pénales et *rei persecutoriæ* (2), et aux actions divisoires ; puis, parce que Justinien considère ces dernières comme étant à la fois réelles et personnelles : elles tendent, dit-il, à une condamnation pécuniaire et, en vertu de l'*adjudicatio,* à un transfert de propriété. Il confond une action attributive d'un droit nouveau avec une action déclarative d'un droit réel préexistant (p. 552, 9). Ces exemples prouvent que la théorie des actions a été déformée, mais non simplifiée (3).

II. Les interdits.

Les différends qui surgissent entre deux citoyens ne peuvent pas toujours être tranchés par voie d'action : l'action suppose l'existence d'un droit consacré par la loi ou par le Préteur. S'il s'agit de régler un état de fait ou de prévenir un dommage éventuel, on ne peut demander directement l'organisation d'une instance. Le Préteur a comblé cette lacune en prenant, en vertu de son *imperium,* les mesures commandées par le bien public : il rend dans le premier cas un interdit (4) ; dans le second, il prescrit une stipulation prétorienne. L'interdit ou la stipulation fait naître une obligation dont on poursuit, s'il y a lieu, l'exécution par la voie ordinaire de l'action (5). Les interdits, les stipulations prétoriennes sont des expédients imaginés par le Pré-

niatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum.

(1) Les classiques emploient parfois l'expression *actio mixta,* mais non pour désigner une classe d'actions. C'est un terme sans valeur technique dont se sert Ulpien pour caractériser les actions doubles (actions divisoires, interdits conservatoires), *in quibus uterque actor est* (*D.*, XLIV, 7, 34, 2), ou les interdits à la fois prohibitoires et exhibitoires (*D.*, XLIII, 1, 1, 1).

(2) On a vu (p. 556, 3) en quel sens Gaius parle d'action mixte. Sous Justinien, l'action de la loi Aquilia est mixte, même sans *infitiatio*, par cela seul que la chose avait une valeur supérieure dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé le délit. Pour l'action *quod metus causa*, son caractère mixte résulte de l'interpolation de la partie finale de *D.*, IV, 2, 14, 9 (Lenel, *Pal.*, II, 464, 3). Justinien consacre l'opinion de Julien qui exclut le cumul de l'action et de l'exception *q. m. c.* Si l'action était purement pénale, le cumul serait possible (p. 704).

(3) Justinien a conservé certaines actions au double, au triple, au quadruple qui remontent à l'époque où la loi fixait à forfait la peine encourue par l'auteur d'un délit. Il en a même créé de nouvelles. *Inst.*, IV, 6, 19 ; 23 ; 24.

(4) Gaius, IV, 139 : *Certis... ex causis Prætor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam* [*interponit*] *finiendis controversiis.* L'autorité du magistrat joue ici un rôle principal, tandis que, dans l'action, le Préteur n'est que l'exécuteur de la loi ou d'une disposition générale de l'Edit. M. Jobbé-Duval (*Études*, I, 228) entend autrement cette différence entre l'interdit et l'action : Gaius voudrait dire que l'autorité du Préteur se manifeste au début, et non comme dans l'action à la fin de la procédure *in jure*. Le § 141 en serait la preuve : *Nec tamen... statim peractum est negotium*. Mais rien ne prouve que ces deux passages se rattachent au même ordre d'idées. Cf. Karlowa, II, 1005 ; Wlassak, *Sav. Z.*, XXV, 140.

(5) Ulp., *D.*, XLVI, 5, 1, 2 : *Cautionales sunt... quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt* (*D.*, XXV, 5, 1, 2).

teur pour régler judiciairement certains rapports qu'on ne peut, en raison de leur nature, faire valoir par voie d'action.

§ 1er. But des interdits. — On présente souvent l'interdit comme un expédient auquel le Préteur eut recours à une époque où il n'osait pas créer directement une action. L'identité de but de l'interdit et de l'action prétorienne serait confirmée par ce fait : dans plusieurs cas on a le choix entre un interdit et une action (1); dans d'autres, l'interdit joue le rôle d'une action pétitoire : il sert à faire valoir un droit (2). Au lieu de donner un interdit, puis une action en cas de violation de l'interdit, le Préteur donne une action pour réprimer la contravention à son édit. La délivrance d'une formule est une simplification par rapport au procédé anciennement usité. Lorsqu'aux derniers siècles de la République, le Préteur commença à proposer des actions *in factum*, l'interdit perdit sa raison d'être; on l'a conservé par habitude.

Cette manière de voir ne nous paraît pas entièrement exacte. Si, à la fin de la République, le Préteur a sanctionné certains rapports soit par un interdit, soit par une action *in factum* (3), cela ne prouve pas que le but qu'il se proposait d'atteindre fût le même qu'à l'époque antérieure. La notion de l'action était devenue bien plus large qu'autrefois : elle permettait de réprimer des dommages d'une nature très variée, causés par dol, fraude, violence ou même par simple imprudence. Aux premiers siècles de la République, l'action servait uniquement à protéger la propriété ou à réprimer les torts causés aux biens ou aux personnes et consistant en des actes matériels déterminés ; la loi Aquilia exige encore une *rei corruptio* (4).

Tout autre est l'objet des plus anciens interdits : ils servent à prévenir ou à réparer les dommages bien moins graves et d'une nature différente (un trouble apporté à l'usage d'une chose, une simple incommodité) (5). Pour des actes de ce genre, aucune action n'était possible, et l'on pouvait craindre que le citoyen qui en avait souffert ne fût tenté de se faire justice, surtout si l'acte avait été accompli clandestinement ou par violence. L'intervention du Préteur eut pour but de garantir la paix publique (6). L'interdit a donc le caractère

(1) Interdit Salvien, action Servienne; interdit fraudatoire, action Paulienne; interdits *de mortuo inferendo* et *de sepulcro ædificando*, action *in factum* (Gaius, *D.*, XI, 7, 9); interdit *de thesauro tollendo*, action *in factum*. Pomp., *D.*, X, 4, 15.

(2) *D.*, XLIII, 1, 2, 2; XI, 8, 1 pr. Tel est l'interdit *de itinere reficiendo*. (*D.*, 43, 19, 3, 11; 4 pr.). Le préteur exige seulement la preuve qu'on a le droit de réparer le chemin. Cette condition n'est pas requise dans les interdits *de rivo reficiendo*, *de fonte purgando*, parce qu'il s'agit de servitudes dont on ne peut user si l'aqueduc ou la source n'est pas en bon état. Le droit de passage, au contraire, peut s'exercer par un chemin mal entretenu. (Venul., *D.*, XLIII, 21, 4.)

(3) L'envoi en possession *legatorum causa, ventris nomine* ou *damni infecti* est protégé par un interdit et par une action *in factum* Cf. Karlowa, II, 1027.

(4) Ulp., *D.*, XXXIX, 2, 7, 1, distingue le dommage prévu par la loi Aquilia et le *damnum infectum* : l'un est déjà réalisé. l'autre est futur et simplement possible.

(5) Ulp., *D.*, XLIII, 6, 1, 2 : *Deformitas, incommodum*; *D.*, XLIII, 8, 2, 11 : *qui commodum amittit... qualequale sit. Ibid.*, 2, 12; *Prospectus, aditus deterior, angustior*; 2, 14 : *Minus luminis*; 2, 26 : *via minus habilis per cloacam*. Dans d'autres interdits on voit apparaître l'idée d'une *corruptio usus*. Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 11. Cf. XLIII, 12, 1, 12 : *ne deterior statio et navigatio fiat*; XLIII, 13, 1, 1.

(6) Au dernier siècle de la République, il y a des intedits qui ont simplementr

d'une mesure de police : il tend à maintenir l'ordre dans la cité, à prévenir les conflits entre citoyens (1).

Il a le même caractère lorsqu'il sert à protéger les lieux sacrés ou publics : si les conflits sont ici moins à redouter, l'intérêt général exige qu'on ne puisse impunément porter atteinte à l'intégrité de ces lieux. On y a pourvu par des mesures de police : le même fait donne lieu à une amende édilicienne ou à un interdit, suivant qu'il est commis à Rome ou au dehors.

A la longue, la distinction de l'interdit et de l'action a été s'atténuant. L'interdit prit le caractère d'une règle permanente : en insérant dans l'album les conditions sous lesquelles il serait délivré, le Préteur s'engageait à l'accorder; celui qui était dans les conditions voulues pouvait se considérer comme ayant un droit garanti par le Préteur. D'autre part, on a élargi le cercle des actions *in factum*, et l'on a créé des interdits qui, parmi les conditions requises pour leur exercice, supposent l'existence d'un droit. Dès lors, au moins en quelques cas, l'interdit concourt avec l'action ou même avec une *cognitio extra ordinem* (2). Il y avait là un double emploi (3) : on finit par y renoncer (4).

§ 2. **Notion de l'interdit.** — L'interdit est un ordre, donné par le Préteur ou un gouverneur de province (5), pour mettre fin à certains différends survenus entre deux citoyens (6). Ces différends sont relatifs : à la mise en liberté d'une personne libre, indûment retenue par autrui (7) ;

pour but d'assurer la marche de la procédure : *Quem fundum* (p. 298), *quam hereditatem* (p. 759, 8), *quem usumfructum* (p. 349, 4), *secundarium* (p. 830, 5).

(1) Cf. Ed. Cuq, *Recherches sur la possession*, p. 11, et dans le même sens, avec quelques nuances, Pernice, *Sav. Z.*, XVII, 194, Karlowa, II, 1028.

(2) Interdit *de migrando* et action *conducti* (*D.*, XXXIX, 2, 33) ou *cognitio extra ordinem* (*D.*, XLIII, 32, 1, 2). Interdit *de b. p. ventris nomine* et *cognitio* (*D.*, XXV, 5, 1, 2). Interdit *legatorum servandorum causa* et a. *in factum* (*D.*, XLII, 4, 14, 1). Interdit *de glande legenda* et a. *ad exhibendum* (*D.*, X, 4, 9, 1).

(3) Le maintien des interdits dans les cas de ce genre s'explique par les avantages qu'offraient aux parties l'élément pénal des stipulations réciproques, ainsi que la facilité d'obtenir en tout temps l'interdit, sans être obligé d'attendre un jour où le magistrat exerce la *jurisdictio* (Gaius, *D.*, XI, 7, 9 : *Aut statim interdicto uti et postea in factum agere*).

(4) Sous l'Empire, il ne semble pas qu'on ait créé de nouveaux interdits ; le pouvoir d'ordonner ou de défendre est réservé à l'empereur et à ses délégués. Les Préteurs n'ont conservé que la faculté de délivrer des interdits en vertu des édits du temps de la République : ils se bornent à en étendre l'application (interdits utiles). En général on préfère procéder *extra ordinem*. On a objecté en sens contraire l'interdit *de aqua ex castello* (p. 351), qui suppose une concession d'eau que l'empereur peut seul autoriser. Mais la formule de l'interdit *is cui ejus rei jus fuit* est sûrement antérieure à l'Empire : sous la République, les censeurs, ou à défaut les édiles, avaient le droit de vendre de l'eau aux particuliers (Frontin, *de aquis*, 95).

(5) Les magistrats municipaux sont exclus : ils n'ont pas l'*imperium* (Ulp., *D.*, XLII, 8, 7 ; Val., Gall., *C.*, VIII, 1, 2 ; Paul, *D.*, I, 18, 3. Loi Rubria, c. 19, cf. Karlowa, II, 1004). En fut-il de même jusqu'à la fin de l'époque classique ? Devait-on, par exemple, pour fixer le rôle des parties dans la revendication, se rendre devant le gouverneur de la province, et revenir ensuite devant le magistrat municipal ? Cf. Jobbé-Duval, I, 213.

(6) *Inst.*, IV, 15, 1 : *Inter duos dicitur*. Cf. Cic., *De or.*, I, 1, 41 ; Ulp., *D.*, XLIII, 1, 1, 3 : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. C'est une question discutée de savoir si les interdits s'appliquent aux pérégrins ; elle ne paraît pas douteuse pour les interdits possessoires. *P. Teb.*, II, 286, l. 21 24, prouve que la possession des pérégrins Égyptiens était protégée au temps de Trajan et d'Hadrien. Cf. Mitteis, *Grundz.*, 153.

(7) L'interdit *de homine libero exhibendo* a été créé par le Préteur pour compléter la loi Fabia *de plagiariis*. Cette loi, antérieure à Plaute (*Merc.*, 658), édicte

à l'exercice de la puissance paternelle, lorsqu'il est entravé par un tiers qui retient l'enfant ou la femme *in manu* (1); à la protection des choses sacrées, religieuses, publiques ou affectées à l'usage public, contre certaines atteintes (2) provenant du fait d'un citoyen et qui nuiraient aux autres (3); à la protection des choses appartenant à un particulier *(res familiaris)* (4), surtout lorsque le conflit a trait à la possession. Dans ces divers cas, le Préteur, les parties entendues,

une peine de 50 000 sesterces contre celui qui a séquestré, enchaîné, vendu ou acheté un citoyen romain, un affranchi ou l'esclave d'autrui ; contre celui qui a persuadé à un esclave de s'enfuir de chez son maître (*Collat.*, XIV, 2, 1 ; 3, 4-5). Le complice *(socius)* est puni comme l'auteur principal (cf. *D.*, XL, 1, 12). La loi permet en outre de s'adresser au Préteur pour rechercher avec le concours de la force publique (*conquisitores*) l'individu séquestré. Sous l'Empire, le crime entraîne la peine des travaux forcés ou de la croix pour les *humiliores*; la relégation à perpétuité avec confiscation de la moitié des biens pour les *honestiores*. Les magistrats compétents sont : en Italie, les préfets de la ville et du prétoire, dans les provinces, les gouverneurs (*Collat.*, XIV, 3, 1-3). Antonin le Pieux, puis un Sc. de Marc Aurèle prirent des mesures énergiques pour faire rechercher et rendre les esclaves fugitifs ; ils obligent les magistrats, sous une peine de 100 000 sesterces, à prêter leur concours aux maîtres pour pénétrer même dans les terres des empereurs ou des sénateurs. (Ulp., *D.*, XI, 4, 1, 2 ; 3). — L'édit du Préteur qui existait à la fin de la République (Treb., *D.*, XLIII, 29, 4, 1) ne protège que les hommes libres, mais il s'applique à tous les cas où ils sont retenus par dol. L'interdit est populaire et perpétuel (*D.*, XLIII, 29, 3, 9; 3, 13-15; cf. XLIII, 1, 1 pr.; 2, 1). L'exhibition doit être immédiate, sinon le défendeur doit payer la *litis æstimatio* (*D*, XLIII, 29, 4, 2). Le payement ne l'empêche pas d'être poursuivi à nouveau, tant qu'il n'a pas obéi (*eod.*, 3, 13). L'interdit peut, le cas échéant, se cumuler avec l'accusation criminelle de la loi Fabia (*eod.*, 3 pr.; Paul, V, 6, 14). Cf. Huvelin, *Furtum*, 105.

(1) Gaius, IV, 162. Quelques-uns de ces interdits supposent l'existence de la puissance paternelle ou du patronat : si elle est contestée, la question ne peut être tranchée par voie d'interdit. Il en est de même de l'interdit *de homine libero exhibendo*, si la qualité d'homme libre est douteuse (Ulp., *D.*, XLIII, 29, 3, 7; 30, 3, 3). Réciproquement, lorsqu'une de ces questions a été résolue par voie d'action, on ne peut la renouveler indirectement par voie d'interdit, alors même que le jugement aurait été rendu *injuria* (*D.*, XLIII, 30, 1, 4).

(2) La distinction entre les actes d'usurpation qui sont de la compétence du censeur (Liv., XL, 51) et les actes de violation d'un lieu sacré qui sont réprimés par le Préteur, a été contestée (Jobbé-Duval, I, 242). On a objecté que, sous l'Empire, la surveillance générale des *res sacræ* appartenait au *curator sacellorum publicorum*, que l'on suppose un des héritiers du censeur. Mais les censeurs étaient incompétents pour connaître des délits commis sur les *res sacræ* (cf. Mommsen, III, 58). C'était l'affaire des édiles pour les édifices sacrés de Rome et de la banlieue : ils ont la *procuratio ædium sacrarum* (Varro, L. *l.*, V, 81 ; Fest., vº *ædilis*). Pour les terrains non bâtis *(locus sacer)*, aucun magistrat n'avait, sous la République, mission de les protéger : c'est ce qui explique l'intervention du Préteur. On remarquera qu'il a eu soin de respecter les attributions des édiles : son interdit n'a pas trait aux *ædes sacræ*. Il en a été de même pour la protection des voies publiques : le Préteur ne s'est occupé que des *viæ rusticæ* (Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 24); les édiles avaient la surveillance des *viæ urbicæ*.

(3) Ces choses sont en général protégées par des interdits populaires. Bien qu'elles soient hors du patrimoine, elles peuvent donner lieu à un conflit entre deux citoyens, parce que tout citoyen est intéressé à ce qu'on ne les détériore pas ou qu'on ne l'empêche pas d'en jouir. Dans certains cas, on exige pour la délivrance d'un interdit que le demandeur ait été empêché de jouir de la chose d'une certaine manière : *Quominus illi ire agere... navigare... opus facere liceat* (Ulp., *D.*, XLIII, 8, 2, 45; 14, 1 pr.; 15, 1 pr.). Si l'obstacle subsiste, un autre citoyen pourra demander l'interdit sans qu'on puisse lui opposer l'exception *rei judicatæ*. Le défendeur ne peut alléguer qu'il a payé la *litis æstimatio*, car rien n'oblige le demandeur à l'employer à rétablir la chose dans son état normal. La somme qu'il a reçue est la peine de la résistance à l'ordre du magistrat (cf. Ulp., *D.*, XLIII, 5, 3, 14). Accarias (II, 1215) invoque en sens contraire la règle admise pour les actions populaires; mais ces actions répriment un acte qui ne saurait être puni plusieurs fois.

(4) Ces interdits ont pour objet une chose isolée ou un ensemble de biens *(quorum bonorum, possessorium, sectorium)*. Gaius, IV, 144-146 ; *D.*, XLIII, 1, 1 pr.

défend de faire un acte, prescrit de restituer une chose ou de la rétablir dans son état antérieur, d'exhiber une personne ou les tablettes d'un testament (1). De là la division générale des interdits suivant la nature de l'ordre du magistrat : les interdits sont prohibitoires, restitutoires ou exhibitoires (2).

L'ordre contenu dans l'interdit, au lieu d'être notifié au juge comme celui qui est inséré dans la formule d'une action, est adressé au défendeur (interdit simple), parfois aux deux parties (interdit double) (3). Il est subordonné à des conditions déterminées. En cas de contravention, soit que le défendeur ne se croie pas dans le cas visé par le magistrat, soit qu'il refuse sciemment d'obéir, un juge sera chargé, dans les formes ordinaires de la procédure (4), de vérifier si les conditions de l'interdit existent et de prononcer, le cas échéant, une condamnation. — En général, l'interdit ne met fin au différend que d'une manière provisoire : il n'enlève pas à celui qui a succombé la faculté d'exercer une action en justice s'il a un droit à faire valoir. Celui par exemple qui a perdu son procès au possessoire peut agir au pétitoire (5). Mais parfois l'interdit tranche le débat définitivement (6).

§ 3. **Procédure.** — Les parties doivent se présenter deux fois devant le magistrat : d'abord pour obtenir l'interdit, puis pour organiser une instance afin de faire constater si l'interdit a été violé (7). Pour obtenir l'interdit, le demandeur doit alléguer des faits qui rendent applicable l'une des formules proposées dans l'album du Préteur (8). De son côté, le défendeur peut opposer des exceptions qui seront ajoutées à la formule, si elles ne s'y trouvent insérées par avance (9) ; mais s'il avoue

(1) P. 579. L'interdit *de tab. exhibendis* est le seul interdit exhibitoire relatif aux choses : dans tout autre cas, on a recours à l'action *ad exhibendum* (p. 704).

(2) Gaius, IV, 142. Il y a quelques interdits mixtes, à la fois restitutoires et prohibitoires (Ulp., *D.*, XLIII, 1, 2, 1) : *Ne vis fiat ei qui in poss.* (*D.*, XLIII, 4, 3, 2); *de aqua* (*D.*, XLIII, 20, 1 pr., 1); *secundarium* (Gaius, IV, 170). Autres divisions des interdits : privés ou populaires ; transmissibles activement (comme la plupart de ceux qui ont trait *ad rem familiarem*) ou intransmissibles passivement, comme l'*uti possidetis* et l'*utrubi* et les interdits populaires ; fondés sur un état de fait actuel (*uti possidetis* : *D.*, XLIII, 1, 1, 2) ou passé (*de itinere* : *D.*, XLIII, 19, 1 pr.), perpétuels ou temporaires (*de itinere, de aqua, utrubi*) : quelques-uns doivent être demandés dans l'année, entre autres ceux qui se donnent *noxaliter* (*unde vi, quod vi aut clam*). Sur l'intransmissibilité partielle de l'interdit fraudatoire, cf. p. 587, 7.

(3) Les interdits doubles sont peu nombreux : *Uti possidetis* et analogues, *utrubi*, *de aqua inter rivales* (Ulp., *D.*, XLIII, 20, 1, 26).

(4) Ulp., *D.*, XXV, 5, 1, 2 : *Per interdictum ad jus ordinarium remittere.*

(5) Paul (*D.*, XLIII, 1, 2, 2) distingue les interdits qui *possessionis causam habent* et ceux qui *proprietatis* ou *velut proprietatis causam continent*. Ces derniers concernent les choses hors du patrimoine. Le caractère provisoire de certains interdits est discuté. Cf. pour l'interdit *quorum bonorum*, p. 762, 4. Pour l'interdit Salvien, Ulpien (*D.*, XLIII, 33, 2) réserve le droit de recourir à l'action Servienne.

(6) *De itinere reficiendo* (*D.*, XLIII, 19, 3, 13); *de aqua ex castello* (*D.*, XLIII, 20, 2, 45); *de arboribus caedendis* (Paul, V, 6, 13).

(7) Gaius, IV, 141. Chacune de ces comparutions est soumise aux règles habituelles, quant à la citation en justice, et quant au refus du défendeur.

(8) L'album ne contient pas, à notre connaissance, d'édit promettant un interdit : le Préteur y a simplement inséré les formules des interdits. En pratique, cette insertion équivaut à une promesse de donner une action en cas d'inobservation de l'interdit. *Agere ex interdicto* se dit aussi bien que *agere ex edicto*. Il y a des *capita interdicti* comme des *capita edicti* (*D.*, XLIII, 27, 1, 9; XXXVII, 8, 3).

(9) Ulp., *D.*, XXXIX, 1, 1, 10; XLIII, 30, 1, 4. Certaines exceptions sont accordées *cognita causa* (XLIII, 13, 1, 6). Dans l'*uti possidetis*, les exceptions de violence, clandestinité, précarité, sont toujours insérées (XLIII, 17, 1, 5).

les faits allégués ou s'il jure, sur la proposition du demandeur, que les faits ne sont pas exacts, l'interdit est refusé (1).

Lorsque l'interdit a été rendu, le défendeur qui ne se conforme pas à l'ordre reçu (2) doit être judiciairement poursuivi par le demandeur. Deux procédures sont possibles : l'une *per sponsionem*, l'autre par une formule arbitraire. La première est la plus ancienne : elle remonte au temps des actions de la loi. Le demandeur cite son adversaire devant le magistrat (3) et le provoque à lui promettre une certaine somme pour le cas où il n'aurait pas obéi à l'ordre du Préteur *(sponsio)* (4). A son tour, le défendeur stipule du demandeur la même somme pour le cas où sa prétention ne serait pas fondée *(restipulatio)*. Cette double stipulation conclue, les parties s'adressent chacune au tribunal pour obtenir la somme promise. Si le demandeur triomphe, le juge condamnera le défendeur dans le premier procès, absoudra le demandeur dans le second. C'est l'inverse qui a lieu s'il a eu tort de solliciter l'interdit.

Le demandeur, qui obtenait gain de cause, ne recevait anciennement d'autre indemnité que le montant de la *sponsio*. A l'époque classique, le payement de cette somme est considéré comme une peine pour le défendeur ; elle ne le dispense pas de réparer le préjudice causé : il y est contraint par une action spéciale *(judicium secutorium)*, en vertu de laquelle le juge le condamne à une réparation pécuniaire s'il refuse de donner satisfaction (5).

La procédure *per sponsionem* était périlleuse pour les deux parties :

(1) Ulp., *D.*, XLII, 2, 6, 2; XII, 2, 3, 1.

(2) On lui accorde un certain délai, sauf pour l'interdit *de hom. lib. exhib.* (Ven., *D.*, XLIII, 29, 4, 2).

(3) La citation doit avoir lieu en général dans le délai d'un an : voir, pour l'interdit *de tab. exhib.*, Paul, IV, 7, 6.

(4) En cas de refus, le défendeur devait être traité comme un *indefensus* (p. 871, 6). On ignore comment était fixé le montant de la *sponsio*. Voir les conjectures de Lenel, II, 219, et de Jobbé-Duval, I, 248.

(5) Gaius, IV, 165. La procédure qui vient d'être décrite s'applique aux interdits simples; pour les interdits doubles, tels que l'*uti possidetis*, elle est plus compliquée (Gaius, IV, 166-170) : 1° elle s'ouvre par un combat simulé qui rappelle la *manus consertio* de l'action de la loi par serment : on fait ainsi constater quel est celui des plaideurs qui a agi contre l'ordre du Préteur; 2° puis on se rend devant le magistrat pour régler la question de la possession intérimaire : des enchères sont ouvertes entre les plaideurs (*fructus licitatio*), et la possession est adjugée à celui qui offre la plus forte somme pour le cas où il succomberait. Son adversaire stipule de lui la somme promise, mais cette stipulation, dite *fructuaria*, a un caractère pénal; elle ne dispense pas celui qui succombe de rendre la possession et les fruits : il y est contraint par un *judicium secutorium* appelé, du nom de son auteur, *Cascellianum*. La *stipulatio fructuaria* est facultative : si on ne l'a pas faite et que l'on ait gain de cause, on n'en aura pas moins le droit d'agir *de fructus licitatione* par un *judicium secutorium*, dit *fructuarium*, qui permet d'exiger la satisdation *judicatum solvi* (cf., sur les avantages de cette action, Ubbelhode, II, 163); 3° on procède aux stipulations réciproques ; mais comme chacun des plaideurs est à la fois demandeur et défendeur, il y a deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. — Ce bref exposé pourrait faire croire que la tâche du juge est très ardue; en réalité, il n'y a pour lui qu'une question dont la solution entraîne celle de toutes les autres : celle de savoir qui a contrevenu à l'interdit — Les diverses phases de la procédure de l'interdit exigent la coopération des deux plaideurs Si l'un d'eux refuse de prêter son concours à l'une des formalités nécessaires pour donner suite à l'interdit, le Préteur l'y force par un interdit appelé *secundarium* parce qu'il est rendu en second lieu. Celui qui ne se conforme pas à cet interdit est condamné, alors même qu'il aurait été en mesure de gagner sur l'*uti possidetis*.

en cas d'insuccès, il fallait payer la somme promise. D'assez bonne heure on tempéra la rigueur de cette procédure, mais seulement pour les interdits restitutoires ou exhibitoires : on permit aux parties de demander une formule arbitraire. Cette demande devait être faite aussitôt que le Préteur avait rendu l'interdit, avant de quitter l'audience. La procédure était ici sans péril pour les deux parties : le défendeur n'était condamné à la réparation du préjudice que s'il refusait de donner la satisfaction prescrite par l'arbitre. Le demandeur lui-même, s'il était débouté de sa prétention, n'encourait aucune peine, sauf celle de 1/10 s'il était convaincu de mauvaise foi (1).

§ 4. **Les interdits au Bas-Empire.** — Les interdits ne sont plus sous Justinien une voie de procédure distincte : ils sont assimilés aux actions (2). Cette simplification serait, d'après les Institutes, une conséquence de la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure par formules. Mais elle ne s'est pas produite immédiatement, car on conservait encore au ve siècle l'usage de demander un interdit (3). De tout temps la procédure des interdits a été plus rapide : avant Justinien, la demande s'introduit sans *litis denuntiatio* (4). Même sous Justinien, le juge a le devoir de statuer promptement (5).

Les règles, sanctionnées par les interdits, ont été conservées par les compilateurs, qui les ont simplement modifiées suivant les besoins.

III. Les stipulations prétoriennes.

La stipulation prétorienne est un contrat verbal fait sur l'ordre du magistrat pour créer au profit d'une personne un droit que la loi ne lui accorde pas. On l'appelle *cautionalis*, parce qu'elle lui procure une garantie, une sécurité (6). Cette stipulation ne peut avoir lieu que dans deux sortes de cas prévus par l'Édit (7). Elle a pour but d'assurer la marche et le résultat d'une procédure engagée devant le Préteur

(1) GAIUS, IV, 141, 163-164.

(2) *Inst.*, IV, 15, 8 : *Per inde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuissent*. Cela explique la fusion de l'interdit Salvien et de l'action Servienne, de l'interdit fraudatoire et de l'action Paulienne.

(3) SYMMACH., *Ep.*, X, 48.

(4) VALENT. II, *C. Th.*, II, 4, 5 (Italie); ARCAD., *eod.*, 6 (Orient).

(5) ARCAD., *C.*, VIII, 1, 4 (Orient); HONOR., *C.*, VIII, 2, 3 (Espagne). Cf. VALENT., *C.*, III, 16, 1; HONOR., *C.*, III, 6, 3.

(6) D'après la classification adoptée par l'Edit (LENEL, I, 52). Il y en a d'autres : Pomponius (*D.*, XLV, 1, 5 pr.) distingue les stipulations prétoriennes, judiciaires et communes, suivant qu'elles sont imposées par le Préteur, par le juge ou par l'un ou l'autre. Ulpien (*h. t.*, *D.*, XLVI, 5, 1, 1 et 3) donne un autre sens à cette division : la stipulation prétorienne fait naître un droit nouveau ; la stipulation judiciaire assure la marche d'une instance ; la stipulation commune réunit ces deux avantages.

(7) Il y a aussi des stipulations imposées par les édiles, par les tribuns de la plèbe. Celles-ci ont pour but de garantir, en cas de divorce, la créance du mari contre la femme en raison de ses impenses ou des engagements qu'il a contractés pour elle (ULP., VII, 3 ; cf. PAUL., *D.*, XXIV, 3, 25, 4, 55) ; elles ont leur utilité lorsque le mari avait promis de restituer la dot ; le juge n'avait pas ici la même latitude que dans l'action *rei uxoriae*. Les magistrats municipaux peuvent, en cas d'urgence, ordonner par délégation du Préteur la *cautio damni infecti* (ULP., *D.*, XXXIX, 2, 1).

(p. 295; 872); de garantir un droit éventuel ou déjà né, mais qui n'a pas encore été porté en justice (1).

Le Préteur se contente parfois d'une simple promesse *(nuda repromissio)*, le plus souvent, il exige qu'elle soit garantie par des cautions *(satisdatio)*. La teneur de l'engagement est fixée d'avance dans les formules insérées dans l'album, sous réserve des modifications que le Préteur peut introduire *cognita causa* (2). La *clausula doli* est de règle dans ces stipulations : on les interprète suivant l'intention du Préteur qui les a proposées (3).

L'ordre du magistrat est sanctionné de diverses manières : tantôt par une action rédhibitoire ou fictice (4), tantôt par un envoi en possession ou par une *pignoris capio* (5). Parfois le Préteur se borne à refuser toute action en justice (6).

Le citoyen qui reçoit l'ordre de fournir une satisdation à Rome peut citer son adversaire dans son municipe pour y recevoir les cautions *(evocatio in municipium)*. Il est possible qu'il ne connaisse à Rome aucune personne disposée à le cautionner tandis qu'il en trouverait facilement dans la cité où il a son domicile ou son *origo*. Mais il doit jurer qu'il n'agit pas par chicane pour imposer à son adversaire un déplacement coûteux (7).

La stipulation prétorienne s'est conservée, en la forme, dans le dernier état du droit; mais en raison de sa permanence, elle équivaut à un droit consacré par une action.

IV. *In integrum restitutio.*

L'*in integrum restitutio* est une mesure exceptionnelle par laquelle le Préteur tient pour non avenu un acte régulièrement accompli. mais dont les effets sont contraires à l'équité. Les magistrats, investis de l'*imperium mixtum*, ont seuls qualité pour accorder une restitution, à l'exclusion des magistrats municipaux (8) : ils jouissent à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, mais ils n'ont dû en faire usage qu'à

(1) Stipulations relatives à une succession (p. 753, 5; *usufructuaria*, p. 336. *legis Falcidiæ*, restitution des legs en cas d'éviction de l'hérédité) ou à un patrimoine *(rem pupilli salvam fore)*, à une chose isolée (*damni infecti*, etc.).

(2) Ulp., *h. t.*, 1. 5 et 10. Le Préteur peut y insérer des exceptions (Pomp., *D.*, XXXIX. 2. 39, 3). D'après Ulpien (*D.*, XVI, 2, 10, 3), la compensation est toujours admise dans les stipulations prétoriennes. On pourrait, suivant Julien. l'opposer dans la stipulation comme dans l'action. Il est douteux que ce texte ait eu la portée générale que lui ont donnée les compilateurs; il est extrait du lib 63 *ad Ed.*, dans lequel Ulpien parle de l'action Rutilienne du *bonorum emptor*. Il est donc vraisemblable que Julien a écrit *deductio* et non *compensatio*. Cf. Appleton, *Compensation*, 182. Biondi, *Compensazione*, 1927, p. 190.

(3) P. 419. Ven., *D.*, XLVI, 7, 19; Ulp., *D.*, VII, 9, 5 pr.; cf. loi Rubria, c. 20 : *Quicquid eum Q. Licinius ex ea stipulatione L. Seio d[are] f[acere] oporteret ex f[ide] b[ona]*. — Ulp., *D.*, XLV, 1, 52 pr.; Ven., *h. t.*, 9.

(4) Gaius, *D.*, XXI, 1, 28; Loi Rubria, c. 20; Ulp., *D.*, I, 7, 19, 1 : *Utilis actio*.

(5) Ulp., *D.*. XXXVI, 4, 5 pr.; *Inst.*, I, 2 , 3.

(6) Jul., ap. Ulp., *D.*, XXXV, 3, 1, 7; Paul, *D.*, XXXVI, 4, 10.

(7) Paul, *D.*, II, 8, 8. 3-6. Cf. Ed. Cuq, v° *Vocatio* (*Dict. Ant.*, V, 963).

(8) Préteur, gouverneur de province, préfet de la ville. préfet du prétoire, empereur (Ulp., *D.*, 4, 16, 5; 18; Herm., *eod.*, 17; Paul, *D.*, L, 1, 26, 1). Cf. pour l'époque de Justinien, *C.*, II, 46, 3.

une époque où leur autorité était solidement établie et dans le cas où la stricte application de la loi blessait le sentiment public (1).

§ 1er. Causes. — L'usage a limité à huit les cas de restitution : absence, minorité, violence, dol, erreur, *capitis deminutio*, *alienatio judicii mutandi causa* ou *in fraudem creditorum*. Parmi ces causes de restitution, les deux premières paraissent être les plus anciennes (2) et sont restées les plus importantes (3). Quant aux autres, leur application a été restreinte à mesure qu'on a élargi la portée des actions de dol, *quod metus causa*, etc. Seules la *capitis deminutio* et l'erreur ont conservé leur utilité ; mais on ne tient compte de l'erreur qu'en matière judiciaire (4). Sous Justinien, l'*in integrum restitutio* tend à se confondre avec l'action (5).

§ 2. Conditions. — En général, la restitution n'est accordée que dans le délai d'une année utile (6) après enquête, à charge de justifier d'un préjudice (7) et à défaut de toute autre voie de recours (p. 229). Les deux premières conditions ne sont pas exigées en cas de *capitis deminutio* (8) ; la dernière n'a pas été rigoureusement appliquée (p. 580, 1).

(1) On en trouve la trace à la fin du VIe siècle dans Térence. Ce texte ne prouve pas l'existence de l'Edit sur la restitution des absents dont il ferait une fausse application ; mais il montre que l'idée d'une réaction contre la rigueur du droit civil sous forme de restitution était discutée à cette époque : *Restitui in integrum æquum ac bonum est*, dit l'un des amis de Demiphon. Non, dit un autre : *Mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse* (*Phormio*, II, 4, 9).

(2) La restitution pour cause d'absence est accordée contre trois sortes d'actes : perte d'un droit de propriété par usucapion, d'une servitude par non-usage, d'une action temporaire par l'expiration du délai imparti pour l'exercer. La perte du droit ou de l'action peut résulter d'un empêchement tenant à la personne du demandeur (service de l'État, crainte, emprisonnement, esclavage, captivité), du défendeur (absence quelle qu'en soit la cause et à défaut de *defensor* ; emprisonnement, mais non esclavage : ULP., *D.*, IV, 6, 23 pr. ; L, 17, 118 ; impossibilité de le citer en justice parce qu'il ne peut l'être contre son gré en raison de ses fonctions, parce qu'il se cache, temporise, se dit trop occupé, ou fait appel à l'*intercessio* d'un tribun pour gagner du temps : *ibid.*, 23, 4 ; 24 ; 25), ou du magistrat (refus de dire le droit, ou de tenir audience à cause des fêtes établies *extra ordinem* : ULP., *eod.*, 26, 7). Après l'énumération de ces causes d'empêchement, l'Edit contient une clause générale par laquelle le Préteur se réserve d'accorder la restitution dans des cas analogues, *quoties æquitas restitutionem suggerit*, pourvu qu'on ait été absent par nécessité et non volontairement. En pratique, on admet la restitution même au cas d'une absence volontaire motivée par une juste cause (*studiorum causa*, décès du *procurator* : ULP., *eod.*, 28 pr.). Mais la restitution n'est jamais possible dans les cas exclus par la loi, les Sc. ou les constitutions impériales.

(3) Au Digeste et au Code, un titre spécial (*D.*, IV, 6 ; *C.*, II, 54) est consacré aux causes de restitution des majeurs de 25 ans, et il n'est question que de l'absence. La rubrique de ce titre donne lieu de croire que primitivement l'absence et la minorité étaient les seules causes de restitution. — Au Bas-Empire, la restitution pour absence légitime est réservée aux militaires en expédition. JUST., *C.*, II, 50, 8.

(4) Procès intenté contre un pupille assisté d'un faux tuteur (p. 210, 4). Omission d'une exception péremptoire (p. 864). *Plus petitio* commise dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio*, mais seulement en certains cas (p. 861, 3). Interrogation *in jure* : ULP., *D.*, XI, 1, 11, 8.

(5) Voir pour l'action Paulienne, p. 586, 9. JUST., *C.*, II, 46, 3.

(6) ALEX., *C.*, II, 52, 3. Le délai court du jour où le mineur est devenu majeur, où l'absent est rentré à Rome, où le dol ou l'erreur a été découvert. Si l'ayant droit meurt dans le délai, son héritier n'a pour agir que le temps qui reste à courir, en comptant depuis l'adition s'il est majeur, sinon depuis sa majorité.

(7) MOD., *D.*, IV, 1, 3 ; 4, IV, 2, 12, 2. Le préjudice peut résulter même d'une adrogation : ULP., IV, 4, 3, 6. La restitution n'est pas admise contre la prescription de 30 ou 40 ans. *C.*, VII, 39, 3, 1°.

(8) ULP., *D.*, IV, 5, 2, 5 : *Hoc judicium perpetuum est*. L'enquête est inutile, car l'Édit promet l'action à ceux qui *capite deminuti esse dicentur*.

Le délai de la restitution a été modifié par Constantin en faveur des mineurs, puis par Justinien pour les majeurs : l'année utile est remplacée par un délai de 4 ans continus (1). Mais le délai est suspendu en cas de minorité ou d'absence pour le service de l'État.

La restitution doit être demandée par la partie lésée, ses héritiers ou ayants cause, même à titre particulier (2). Elle se donne en général contre celui qui doit profiter de l'acte préjudiciable, parfois contre les tiers qui ont traité avec lui. La restitution pour minorité n'était *in rem* qu'en cas de mauvaise foi du sous-acquéreur, ou d'insolvabilité de l'acquéreur (3). — Sous Justinien, la restitution ne peut être demandée par un descendant contre son ascendant, par un affranchi contre son patron (4).

La restitution n'est, en règle générale, accordée que *cognita causa*, après un débat contradictoire (5). Le Préteur statue en personne et apprécie dans chaque espèce si l'équité commande d'accorder la restitution promise par l'Édit. Son décret a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée (6), mais il est susceptible d'appel (7). Il ne suffit pas toujours pour donner satisfaction au demandeur : en certains cas il doit être invoqué par voie d'exception (8) ou d'action. Lorsque le demandeur, par exemple, aurait dû agir en justice pour faire valoir son droit, le décret lui rend l'action qu'il a perdue, mais ne le dispense pas de justifier l'existence de son droit. La procédure se divise donc ici en deux parties : l'une a pour but de rechercher s'il y a lieu à restitution ; c'est la procédure du *rescindant*; elle se déroule tout entière devant le magistrat, elle ne préjuge pas la solution du litige. L'autre ne s'ouvre que si la restitution est accordée; elle est soumise aux formes ordinaires, elle donne lieu à la délivrance d'une formule et au renvoi devant un juge qui statue sur le fond du débat (9); c'est la procédure

(1) D'après *C. Th.*, II, 16, 2 pr., le délai était de 5, 4 ou 3 ans, suivant les régions. Justinien écarte cette distinction qu'il juge absurde. *C.*, II, 52, 7 pr.

(2) L'Édit visait spécialement la transmissibilité héréditaire de la restitution des mineurs (Ulp., *D.*, IV, 4, 19), mais la règle a été généralisée (*ibid.*, IV, 1, 6). Le droit à la restitution est susceptible de cession (Paul, *D.*, IV, 4, 24 pr.).

(3) Lab., *eod.*, 13, 1. Exemples de restitution *in rem* pour cause d'absence ou de crainte (Jul., *D.*, IV, 6, 17 pr.; Paul, 30, 1 ; Gord., *C.*, II, 21, 3).

(4) *C.*, II, 41, 2.

(5) Mod., *D.*. IV, 4, 29, 2. S'il y a *contumacia* du défendeur, on passe outre (Ulp., *eod.*, 13 pr.).

(6) Jul., *D.*. IV, 4, 41 : *Quasi ex causa judicati*. Si des tiers ont été libérés par l'effet de l'acte attaqué, on rend au créancier son action contre le débiteur originaire (Car., *C.*, II, 48, 1, 1).

(7) Sev., Car., *C.*, II, 44, 1 : *Appellare debuistis si sententia vobis displicebat.*

(8) Jul., *l. c.* : *Exceptionem utilem adversus petentem pretium habere poterit.*

(9) Si une usucapion a eu lieu au préjudice d'un absent, le Préteur délivre une formule contenant la fiction que l'usucapion n'est pas accomplie. Cette fiction. qui est l'inverse de celle qui sert de fondement à la Publicienne, a fait donner, depuis le moyen âge. à l'action rendue à l'absent, le nom de contre-publicienne ou publicienne rescisoire. Cette dernière dénomination se trouve aussi dans un texte de Paul (*D.*, XLIV, 7, 35). Faut-il en conclure que le préteur Publicius a créé deux actions, l'une fondée sur la fiction que l'usucapion commencée est accomplie, l'autre sur la fiction que l'usucapion accomplie ne l'est pas? Le doute vient de ce que le titre du Digeste *de Publiciana actione* ne fait aucune allusion à la Publicienne rescisoire. Et pourtant les Institutes (IV, 6, 3-5) présentent cette action comme la contre-partie de la Publicienne, ce qui concorde avec le texte de Paul. Il y a là une difficulté dont on a proposé plusieurs explications (cf. Cuq, *l'Edit Publicien*, 1877,

du *rescisoire* (1). Il y avait là une complication que le magistrat écartait parfois en prescrivant lui-même la restitution de la chose (2).

§ 3. **Effets.** — La restitution n'a pas pour effet de rendre inexistant l'acte attaqué; cet acte subsiste en droit civil; mais par une fiction, on le tient pour non avenu, on l'empêche de produire ses conséquences (3). Le décret du Préteur rétablit le patrimoine de l'ayant droit dans l'état où il se trouverait si l'acte rescindé n'avait pas eu lieu. Celui par exemple qui, par le fait du magistrat, a perdu le droit d'exercer une action temporaire n'obtiendra que la restitution des jours pendant lesquels il a été empêché d'agir. L'Édit réserve toutefois la faculté d'accorder une courte prorogation du délai, lorsque l'ayant droit n'a commis aucune négligence (4). Le demandeur peut, le cas échéant, réclamer les fruits ou intérêts qu'il aurait perçus, mais il doit rendre ce qu'il a lui-même touché sans cause (5).

V. Envoi en possession.

Le Préteur ne s'est pas contenté de sanctionner d'une manière efficace les droits des citoyens : il en a, dans certains cas, facilité l'exercice au moyen d'une *missio in possessionem*. L'envoi en possession est une autorisation donnée par le magistrat de prendre possession des biens d'autrui (6). C'est une mesure conservatoire établie dans l'intérêt de certains créanciers ou de certains ayants droit à une hérédité (7). C'est aussi très souvent le préliminaire de la voie normale d'exécution : la *bonorum venditio*.

p. 17; APPLETON, *Propriété*, II, 59). Dans l'opinion la plus répandue, on écarte le texte de Paul en disant qu'il parle de la Publicienne ordinaire et non de notre action rescisoire qui est une revendication fictice, et celui des *Inst.*, 3, en supprimant le mot *possessor* ou, ce qui revient au même, en lisant *possessorem*, qui fait double emploi avec *adversarium*. A l'appui de cette correction, on invoque la paraphrase de Théophile; mais la valeur de ce témoignage est très contestable, et M. Appleton (*Compensation*, p. 30-50) partage aujourd'hui sur ce point notre manière de voir. Quant au texte de Paul, vise-t-il réellement la Publicienne ordinaire? Lenel (I, 141) dit seulement qu' « on serait tenté de le croire ». Il y a en effet une objection : cette Publicienne n'est pas donnée *contra jus civile*. Il faut donc reconnaître que l'opinion commune écarte la difficulté sans la résoudre.

(1) C'est une procédure analogue à celle de la requête civile; C. pr. 501-502; cf. GLASSON, *Précis de procédure civile*, II, 85. Exemples d'actions rescisoires d'une aliénation (p. 583, 6); d'une acceptilation (ULP., *D.*, IV, 2, 9, 4).

(2) Il en était ainsi pour la restitution des mineurs (JUL., *D.*, XXI, 2, 39 pr.; PAUL, *D.*, IV, 4, 24; ULP., *eod.*, 13, 1), probablement parce que l'Édit réservait au Préteur le droit d'*animadvertere*.

(3) L'Édit emploie diverses expressions : *Ratum non habebo* pour la crainte; *quasi id factum non sit* pour la *capitis deminutio*; *animadvertam* pour la minorité; *in integrum restituam* pour l'absence; *dabo in integrum restitutionem* pour le procès intenté contre un faux tuteur.

(4) JUL., *h. t.*, 26, 7-8; ULP., *eod.*, 15, 3; PAUL, 16.

(5) ULP., *h. t.*, 23, 2; GAIUS, *D.*, IV, 4, 27, 1; PAUL, 24, 4. Le mineur n'est en principe tenu de rendre que dans la mesure de son enrichissement (*eod.*, 7, 5).

(6) L'usage de la *missio in bona* remonte au VII[e] siècle : la *missio ventris nomine* est connue de Servius (p. 705, 2); celle des créanciers d'un insolvable a été introduite avec la *bonorum venditio* par le préteur Rutilius (cos. 649), à l'exemple de celle qui était, au siècle précédent, admise en droit public; celle de l'édit Carbonien est connue de Labéon (NER., *D.*, XXXVII, 10, 9); celle des légataires est dans Ofilius (p. 783, 1); celle de la veuve, dans Pegasus, sous Vespasien (p. 836).

(7) En cela, elle diffère de la *bonorum possessio* à titre d'héritier : celle-ci donne également lieu à une *missio in bona*, mais cette missio est un acte créateur de droit et non plus un moyen de garantir un droit préexistant.

Le décret du magistrat confère, en général, non pas la possession proprement dite, mais seulement la faculté de détenir et de garder provisoirement les objets compris dans l'envoi en possession (1). Bien qu'il ne porte atteinte ni à la propriété ni à la possession, c'est une mesure assez grave pour que le droit de la prescrire ait été réservé aux magistrats investis de l'*imperium mixtum*. La délégation de ce droit aux magistrats municipaux, en cas d'urgence, a été difficilement admise (2).

L'envoi en possession s'applique le plus souvent à un patrimoine, quelquefois à un objet particulier. La *missio in bona* est accordee dans deux séries d'hypothèses : 1° à certains créanciers pour la sauvegarde de leurs droits : créanciers d'un insolvable ou d'un *indefensus (rei servandæ causa)* (3); légataires à terme ou conditionnels sur les biens héréditaires ou sur la part de l'héritier grevé du legs *(legatorum servandorum causa)*; depuis Caracalla, légataires dont la créance est exigible, sur les biens personnels du grevé (p. 783, 3); veuve sur les biens de son mari *(dotis servandæ causa)* (4); — 2° aux personnes appelées à une hérédité, mais dont le droit est éventuel, contesté ou susceptible de l'être, ou qui, n'étant pas saines d'esprit, ne peuvent accepter la succession (5). Dans les trois premiers cas, l'envoi en possession est à la fois un moyen d'empêcher les détournements et d'exercer une pression sur le débiteur (6). — Le légataire a le droit de se payer sur les revenus, s'il n'a reçu satisfaction dans les six mois; il en est de même de la veuve à dater du décret.

L'envoi en possession d'un objet particulier est usité : *a*) en cas de refus de la *cautio damni infecti*. Il confère la garde de la chose et la faculté de faire les réparations nécessaires. Il prend fin lorsque le propriétaire fournit la *cautio* et rembourse les dépenses déjà faites (7). Dans le cas contraire, au bout d'un délai dont le magistrat est seul juge, un second décret attribue la possession exclusive au *missus* qui désormais a un titre pour usucaper; *b*) lorsque le défendeur à la revendication est absent ou *indefensus* (8).

L'envoyé en possession est protégé soit par voie d'interdit, soit par une action *in factum* (9), exceptionellement par la force publique (10).

(1) Cic., *p. P. Quint.*, 27; Paul, *D.*, XLI, 2, 3, 23; Ulp., *D.*, XLIII, 17, 3, 8.
(2) Ulp., *D.*, II, 1, 3 : XXXIX, 2, 1; Paul, *D.*, L, 1, 26, 1.
(3) *D.*, XLII, 5; cf. Lenel, II, 263-302.
(4) Peg. ap. Ulp., *D.*, VI, 1, 9; Marcel, *D.*, XLVI, 3, 48; Ven., *D.*, XLIV, 3, 15, 4.
(5) Cette *missio* est accordée : 1° à la mère d'un enfant simplement conçu, et qui aura, s'il naît vivant, vocation à la succession de son père (p. 705, 2) : 2° en vertu de l'édit Carbonien, à l'impubère en tutelle, appelé à une succession, mais dont l'état est contesté (Ulp., *D.*, XXXVII, 10, 1 pr.); 3° au curateur d'un fou appelé à une succession (p. 728, 7); 4° à l'héritier institué qui produit un testament d'apparence régulière (p. 704, 8); 5° au demandeur en pétition d'hérédité, lorsque le possesseur se cache pour éviter la poursuite (Ulp., *D.*, XLII, 4, 7, 19).
(6) Ulp., *D.*, XXXVI, 4, 5 pr. : *Ut tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem*. Il y a là un *pignus prætorium*.
(7) *D.*, XXXIX, 2, 7, pr.; Ulp., *eod.*, 7, 21-27, 31-34. Cf. p. 575.
(8) Cels., ap. Ulp., *D.*, XLII, 4, 7, 17.
(9) P. 312, 6. *D.*, XLII, 4, 1 pr.; Paul, *D.*, XLII, 4, 14; Ulp., *D.*, XLII, 5, 9 pr. Cf. Karlowa, II. 1026. Albertario, *Athenæum*, 1928, VI, 169.
(10) Pour assurer l'exécution d'un fidéicommis (Ulp., *D.*, XLIII, 4, 3 pr.). D'après Ulp., *D.*, XXXVI, 4, 5, 27, il en serait de même pour les legs, mais il est peu vraisemblable qu'on ait admis l'envoi d'un *viator* ou d'un *officialis Præfecti* dans

Quelques-unes des applications de l'envoi en possession ont été supprimées par Justinien et remplacées par une sûreté plus énergique, une hypothèque légale.

CHAPITRE III

La procédure.

I. Les actions de la loi.

Les actions de la loi sont la plus ancienne procédure qui ait été usitée à Rome. Elles tirent leur nom des solennités à accomplir pour affirmer le droit que l'on prétend avoir. Elles ne peuvent avoir lieu d'une manière efficace que dans les cas prévus par la loi. Des formules, appropriées à chaque loi, ont été composées par les pontifes et doivent être prononcées à haute voix : on n'y peut rien changer à peine de nullité (1). Les actions de la loi sont donc très nombreuses, aussi nombreuses que les lois qui consacrent un droit d'agir en justice ; mais comme elles présentent souvent des analogies entre elles, on les a classées en quatre groupes qui tirent leur nom de l'un des éléments de la solennité. Ces actions de la loi ont lieu par serment, par *judicis postulatio*, par *manus injectio*, par *pignoris capio*. Un cinquième groupe de création plus récente est celui des actions de la loi par *condictio*. On a donné par extension le nom d'actions de la loi à ces modes de procéder et à la procédure elle-même.

§ 1er. Caractères communs aux actions de la loi. — 1° L'action de la loi exige la présence d'un magistrat. Seule la *pignoris capio* est extrajudiciaire, mais certains jurisconsultes lui déniaient le caractère d'action de la loi. Le magistrat ne peut refuser son concours (2) à moins que la loi ne l'y autorise. Son rôle consiste à présider à l'accomplissement des solennités requises pour fixer les prétentions respectives des parties. Parfois il intervient, prend des mesures d'ordre (3), prononce l'une des paroles sacramentelles : *do, dico, addico* (4). Mais il n'a pas à décider qui a tort ou raison : il ne juge pas le procès. La procédure *in jure* se termine soit par l'autorisation donnée au demandeur d'emmener chez lui le demandeur, soit par la nomination d'un juge.

un cas régi par le *jus ordinarium*. Ulpien lui-même (*D.*, XXV, 5, 1, 2) trouve ce procédé peu régulier. Le texte a été remanié : sous Justinien, les legs sont traités comme les fidéicommis.

(1) POMP., *D.*, L, 17, 27 ; GAIUS, IV, 11 ; CIC., *De inv.*, II, 19.

(2) La loi osque de Bantia (l. 24, 25) oblige le magistrat à présider à la *legis actio* ou à la *manus injectio pro judicato* dans un délai qui ne peut excéder 10 jours.

(3) GAIUS, IV, 16 : ordre de cesser la *manus consertio*, attribution de la possession intérimaire. Cf. CIC., *p. Mur.*, 12 : *Praetori... quoque carmen compositum est.*

(4) VARR., *L. l.*, VI, 30 ; OVID., *Fast.*, I, 47 ; MACROB., *Sat.*, I, 16. Plusieurs de ces formules ont été conservées. (CIC., *p. Mur.*, 12 : *Suis utrisque superstitibus istam viam dico.* FEST., v° *Procum* : *Si alium (judicem) procus nisi cum procos*...). L'*addictio* était prononcée en cas d'*in jure cessio* (GAIUS, II, 24.) La *datio* s'appliquait à la nomination du juge. Cf. WLASSAK, *Sav. Z.*, XXV, 80.

2° Toute action de la loi (sauf la *pignoris capio*) exige la présence des parties. Il est de principe qu'on ne peut prendre part à une action de la loi au nom d'autrui (1). Par exception, on peut exercer une action de la loi : *a*) pour une personne dont on est chargé de défendre les intérêts, *pro tutela*; *b*) pour la victime d'un vol lorsqu'elle est absente pour le service de l'État, ou retenue en captivité; *c*) dans les procès relatifs à la liberté, *pro libertate*; *d*) pour le peuple, vraisemblablement en cas d'action populaire (2).

3° L'action de la loi ne peut s'accomplir qu'en des lieux et à des moments déterminés, soit à Rome, soit en Italie ou dans les provinces. Le magistrat doit siéger sur l'estrade qui forme le tribunal; elle était ordinairement élevée à Rome au *comitium* (3). — En principe, le magistrat ne peut faire acte de juridiction que les jours fastes (4); mais on peut aussi exercer une action de la loi pendant les jours affectés aux comices, lorsque le peuple n'est pas convoqué (5). L'audience commence au lever du jour et prend fin au coucher du soleil (6).

4° La procédure est orale. L'action de la loi exige la prononciation de paroles solennelles (7).

5° On ne peut, par une même action de la loi, former qu'une seule demande (8). Celui qui a plusieurs prétentions à faire valoir contre un même adversaire doit intenter autant d'actions distinctes.

6° Il est défendu d'accomplir deux fois pour une même affaire les solennités d'une action de la loi : *Bis de eadem re ne sit actio* (9). La sanction est rigoureuse : c'est la perte du procès. Cette règle paraît avoir été introduite par la jurisprudence pontificale : elle se rattache très étroitement à une autre que Gaius attribue aux pontifes, celle qui entraîne la perte du procès pour la plus petite erreur commise dans

(1) Gaius, IV, 82 : *Nemo alieno nomine lege agere potest.* On peut cependant se faire représenter par un *cognitor* devant le magistrat (Lenel, *Sav. Z.*, IV. 149; Wirbel, *Le Cognitor*, 1911, p. 32). En sens contraire, Eisele, *Cognitur und Procuratur*, 1881. Sous l'Empire, la règle subsistait encore dans les cas où s'appliquait l'action de la loi par serment, devant les centumvirs. Ulp., *D.*, L, 17, 123 pr., extrait du lib. 14 ad Ed. relatif au testament inofficieux.

(2) *Inst.*, IV, 10. Cf. Mommsen, I, 210, 4. Bertolini, *Processo civile*, II, 85.

(3) Gell., XX, 1, 11 et 47 : *ad Prætorem in comitium.* En cas de nécessité, le tribunal était transporté ailleurs. (Exemple en 539 : Liv. XXIII, 32.)

(4) Il y en avait environ 40. Les jours néfastes (environ 60) étaient consacrés à des actes de purification, au culte des dieux infernaux. Cf. Bouché-Leclercq, *Les Pontifes*, 238; Marquardt, XII, 349.

(5) Il y en avait environ 190, mais il fallait en retrancher les jours de fête. On pouvait également agir pendant les *dies intercisi*, mais seulement au milieu du jour, le matin et le soir étant réservés pour les sacrifices.

(6) Plin., *H, n.*, VII, 60. Cf. Censorin., *De die nat.*, 24, 3; Varr., *L. l.*, VI. 2, 5. Telle était la disposition primitive des Douze Tables. Plus tard la loi régla l'exercice de la juridiction avant et après le milieu du jour (Gell., XVI, 2, 10). Pline atteste que le mot *meridies* ne figurait pas dans la rédaction première de la loi. Cf. E. Pais, *Storia critica di Roma*, II, 259.

(7) Voir les formules rapportées par Gaius, IV, 15, 16, 21, 24.

(8) C'est la conséquence de la manière dont s'engage le procès. Dans l'action par serment, le juge doit examiner si le serment du demandeur est juste ou injuste. Si l'on eût permis la réunion de plusieurs demandes, le juge aurait été dans l'impossibilité de formuler sa réponse lorsqu'il était d'avis que le demandeur avait raison pour l'une et tort pour l'autre.

(9) Cf. Gaius, IV. 108. Cic., *De amicit.*, 22 : *Acta agimus, quod vetamur vetere proverbio.* Plaut., *Cist.*, IV, 2, 36; *Pseud.*, I, 3, 27 : *Stultus es, rem actam agis.*

une action de la loi (1). Il eût été trop facile d'éluder cette règle s'il eût été permis de recommencer l'action qui n'avait pas été accomplie suivant les rites (2). — La défense de répéter une action de la loi s'applique, quel que soit l'objet de l'action, en matière réelle comme en matière personnelle. Elle s'adresse aux deux plaideurs. Le défendeur qui succombe ne peut pas plus que le demandeur exercer l'action de la loi pour la même affaire.

La règle *bis de eadem re ne sit actio* a, dans certains cas, un effet analogue à celui de l'autorité de la chose jugée (3), mais il faut se garder de croire que le principe de l'autorité, de l'irrévocabilité de la chose jugée, fût consacré à cette époque. La maxime qui tient la chose jugée pour l'expression de la vérité était encore inconnue. Il n'était pas nécessaire qu'un jugement eût été prononcé pour que le renouvellement de l'action fût interdit. Les solennités de l'action de la loi offraient un critérium plus sûr, plus facile à vérifier qu'un jugement dépourvu de tout caractère solennel. Le droit nouveau a écarté cette conception grossière et matérialiste pour se préoccuper du contenu du jugement : il le met à l'abri de toute attaque et réalise l'idée de justice qui sert de base à l'autorité de la chose jugée (4).

7° Les parties doivent prendre des témoins, *litem contestari* (p. 877). C'est une question de savoir quel est le but, l'effet de cet acte, à quel moment de la procédure il se place. A notre avis, la *litis contestatio* est l'un des actes les plus importants de la procédure : elle sert à constater l'accord des plaideurs pour soumettre à un juge la décision du litige. Cet accord donne naissance à une sorte de contrat judiciaire qui sera désormais le fondement exclusif de leurs rapports entre eux. La *litis contestatio* ainsi comprise se place à la fin de la procédure *in jure*. Elle a pour effet d'éteindre le droit du demandeur et de le remplacer par un droit nouveau, celui de se prévaloir de la sentence si elle est rendue en sa faveur. — L'usage de la *l. c.*, introduit d'abord vraisemblablement pour l'action de la loi par *judicis postulatio* (5), a été étendu à toutes les actions personnelles; dans ces actions, même à l'époque classique, la

(1) Gaius, IV, 30. L'irrégularité entraîne un *causa cadere* (Cic., *ad Her.*, I, 12, 22; P. Diac., v° *Litis*.

(2) En d'autres matières, les pontifes permettaient de recommencer une solennité qui n'avait pas été régulièrement accomplie (Liv., XXII, 9; XXXIV, 44); ou bien ils prescrivaient une expiation, par exemple si un Préteur avait présidé à une action de la loi un jour néfaste. (Cic., *De har.*, 11, 9; Varr., *L. l.*, VI, 4, 30.)

(3) Primus revendique un fonds de terre contre Secundus et obtient gain de cause; après qu'il a recouvré le fonds, il ne peut être attaqué en revendication par Secundus. Ce serait recommencer l'action pour la même affaire entre les mêmes parties.

(4) La règle *bis de eadem re agere ne liceat* a reçu, à cette époque, une signification différente : elle exprime l'effet que la *litis contestatio* produit sur le fond du droit dans tous les cas où l'affaire est soumise à un juge. (Gaius, III, 181.)

(5) Proposer de prendre un juge, c'était pour le demandeur renoncer implicitement à se prévaloir de son droit antérieur; pour le défendeur, c'était accepter la décision à intervenir comme base de ses rapports futurs avec le demandeur : il y avait une sorte de novation. On a dit que la pensée d'attribuer à la *lit. c.* un effet extinctif, de la comparer à la stipulation novatoire, supposait une puissance d'abstraction qui n'était guère compatible avec l'étroitesse d'esprit des anciens juristes. Il n'est pas douteux que la comparaison de la *l. c.* à la novation est l'œuvre des jurisconsultes postérieurs, mais ils n'ont fait que donner la formule scientifique d'une conception qui s'était développée dans l'esprit du peuple. Gaius, III, 180.

litis contestatio éteint le droit antérieur *ipso jure*. Dans les actions réelles, au contraire, l'effet extinctif ne se produit pas *ipso jure*, soit que la *litis contestatio* ait eu ici un but différent (1), soit qu'elle ait fait entièrement défaut (2). Il faut donc se garder de confondre la règle qui défend de recommencer deux fois les solennités d'une action de la loi, et celle d'où l'on a déduit l'effet extinctif de la *litis contestatio* : la première a une portée générale, la seconde est spéciale aux actions personnelles; la première a trait à la forme, la seconde au fond du droit (3).

Dans certaines actions comme l'action de la loi par serment, ces solennités ne pouvaient pas toujours être terminées lors de la comparution *in jure*. Le défendeur devait présenter des *vades* qui promettaient d'assurer sa comparution à une audience ultérieure, sinon de payer une somme d'argent. Cette promesse pouvait être garantie par des *subvades* (p. 643, 4).

§ 2. **Citation en justice.** — Le demandeur invite verbalement le défendeur à le suivre devant le magistrat. L'*in jus vocatio* est le premier acte de la procédure. Le défendeur doit répondre à cet appel sans délai, à moins de fournir un *vindex* (4). En cas de refus ou de retard, le demandeur prend des témoins et appréhende au corps le défendeur (5), mais il ne peut franchir le seuil de sa maison : le domicile des citoyens est inviolable (6). Si le défendeur a recours à la fraude ou cherche à fuir, il s'expose à la *manus injectio* (7) et ne peut se soustraire à ses conséquences sans l'intervention d'un *vindex*.

§ 3. **Modes de procéder *in jure*.** — 1. *Manus injectio*. — La *manus injectio* est un acte de justice privée qui, selon toute vraisemblance, est la plus ancienne action de la loi. C'est un vestige d'une époque où l'État n'intervient pas encore dans l'administration de la justice. Le créancier d'une somme d'argent met la main sur son débiteur (8) après

(1) Les témoins étaient requis pour prêter aide et assistance à chacun des plaideurs dans le combat simulé qui allait s'engager. (Cic., *p. Mur.*, 12 : Fest., v° *Superstites.*) Cet acte devait se placer au début ou au cours de la procédure *in jure*.

(2) D'après Collinet (*N. R. H.*, XXVI, 551), la *l. c.* n'a pas de raison d'être dans les actions réelles ; les *prædes* sont une garantie suffisante pour l'exécution de la sentence, lorsque celui qui a obtenu les *vindiciæ* perd son procès.

(3) D'après Wlassak (*Die Litiskontestation im Formularprozess*, 1899), la *l. c.* a pour but d'établir devant le juge que les solennités de l'action de la loi ont été régulièrement accomplies : elle a lieu au début de la procédure *in jure*; son effet se confond avec celui de la règle qui défend de recommencer une action de la loi. Cette opinion, qui tend à établir une différence profonde entre la *l. c.* de la procédure formulaire et celle des actions de la loi, a été combattue par Collinet, *la Nature originelle de la* litis contestatio, 1902. Hölder, *Sav. Z.*, XXIV, 197; Bekker, *ibid.*, 344; Schlossmann, *Litis contestatio*, 1905.

(4) Si l'âge ou une maladie légère l'empêchent de marcher, on le place sur un chariot traîné par un attelage et on le transporte au *comitium*. (Gell., XX, 1, 25.) Le demandeur n'est pas tenu de fournir un char fermé et garni de couvertures (*arcera*). Varr., ap. Non., 55, 2. Cf. Ettore Pais, *Ricerche*, I, 113.

(5) Porph. in *Hor.*, *Sat.*, I, 9, 76 : *Ni it, antestamino. Igitur em capito. Capere* désigne un acte matériel ; ce n'est pas l'action de la loi *per manus injectionem* autorisée en cas de fraude ou de fuite. Cf. Karlowa, *Civilproz.*, 321.

(6) Gaius, *D.*, II, 4, 18. Si le défendeur persiste à rester chez lui, on ignore comment on pouvait vaincre sa résistance. Sous l'Empire, on permet de saisir le défendeur sur le seuil de sa porte, au bain, au théâtre. (Gaius, *eod.*, 20.) L'inviolabilité du domicile est assurée par l'action d'injures. (Ofil. ap. Paul, *D.*, XLVII, 10, 23.)

(7) P. Diac., v° *Struere : Pedem struit*. Cf. Gaius, *D.*, L, 16, 233 pr.

(8) Gaius, IV, 21 : *Et simul aliquam partem corporis ejus prehendebat.*

avoir affirmé publiquement la cause et le montant de sa créance, et constaté que le débiteur ne paye pas, ni personne pour lui. Cet acte, qui à l'origine fut sans doute extrajudiciaire, prit le caractère d'une action de la loi lorsque la présence du magistrat fut requise pour autoriser le créancier à emmener chez lui son débiteur.

a) *Applications.* — La *manus injectio* peut être exercée, soit en vertu d'un jugement, soit sans jugement préalable :

D'après les Douze Tables, en vertu d'un jugement. Cette application suppose l'existence d'une procédure susceptible de conduire les parties devant un juge, comme l'action de la loi par serment. — Sans jugement, dans divers cas où l'on a une créance certaine : α lorsque le débiteur cité en justice a fait l'aveu de sa dette devant le magistrat (1) ; β lorsqu'il est obligé en vertu d'un acte contenant une *damnatio*. Cette application résulte, croyons-nous, de l'assimilation établie par Gaius entre le *damnatus* et le *judicatus*. Elle se justifie par cette idée que l'intervention du magistrat dans les affaires privées était anciennement réduite au strict nécessaire. Lorsqu'il n'y avait pas de contestation possible, ni sur la cause ni sur le chiffre de la dette, on n'avait pas jugé utile d'entraver par les lenteurs de la procédure l'exercice du droit du créancier ; γ en vertu des lois qui, dans quelques cas, ont autorisé la *manus injectio* dite *pro judicato*. Telle est la loi Publilia.

b) *Conditions d'exercice et formule.* — Les conditions d'exercice de la *manus injectio*, la formule à prononcer varient suivant les cas. Les Douze Tables accordent un sursis de 30 jours au débiteur dont la dette a été constatée par un jugement ou avouée devant le magistrat ; la *manus injectio* ne peut être exercée contre lui avant l'expiration de ce délai. La même faveur fut sans doute accordée aux débiteurs passibles d'une *m. i. pro judicato*, mais il est peu probable qu'on l'ait étendue à ceux qui étaient obligés en vertu d'un acte contenant une *damnatio*.

La formule à prononcer comprend deux parties : dans la première le créancier fait connaître la cause et le montant de la dette, et constate le défaut de payement ; dans la seconde, il déclare qu'il met la main sur le débiteur à titre de *judicatus* ou de *damnatus* (2). Lorsque, dans la suite, la loi autorisa de nouvelles applications de la *manus injectio*, elle décida qu'elles auraient lieu *pro judicato*, comme si le débiteur était *judicatus* (3). Ces mots *pro judicato* remplacèrent dans la formule le mot *judicati* ; ils étaient nécessaires, croyait-on, pour motiver l'acte auquel on allait procéder. Plus tard, cette addition parut inutile : le législateur se sentit assez fort pour autoriser la *manus injectio* sans se croire tenu

(1) Gell., XX, 1 : *Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto.* Bien que le texte ne le dise pas, on admet généralement que le jugement doit avoir pour objet une somme d'argent.

(2) Gaius, IV, 21 : *Quod tu mihi judicatus es sestertium X milia, eaque quandoc non solvisti, ob eam rem ego sestertium X milium judicati manum injicio.*

(3) Le sens donné ici au mot *pro* est le même que dans l'expression usucapion *pro herede*. D'après M. Senn (*Leges perfectae*, 1902, p. 80), *pro judicato* signifierait « en vertu du jugement ». Ces mots indiqueraient donc la cause de la m. i. Mais cette traduction est en contradiction avec Gaius IV, 24, qui distingue, parmi les *manus injectiones*, celles où l'on indique seulement la cause de la demande (*m. i. pura*) et celles où l'on spécifie en outre à quel titre (*judicati, pro judicato*) le débiteur est saisi au corps par le créancier. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XXV, 176, 3.

de prescrire l'emploi de termes qui ne répondaient plus à rien (1). Cette nouvelle forme de *manus injectio*, sans qualification spéciale, fut appelée *m. i. pura* (2).

c) *Effets.* — La *manus injectio* enlève au débiteur le droit d'ester en justice. Il n'est pas admis à discuter la prétention du créancier : il doit payer ou fournir un *vindex* (3) qui, prenant fait et cause pour lui, se charge de prouver au juge que la *m. i.* a été exercée à tort (4). Cette condition paraît exorbitante; mais à Rome, il ne devait pas être difficile à un citoyen honorable de trouver un *vindex* : les membres de chaque *gens* se devaient réciproquement secours et assistance, et pour les plébéiens il y avait des associations de tribus (5).

Le *vindex* est celui qui se déclare prêt à faire acte de force (*vim dicere*), dans l'intérêt du débiteur saisi (6), à le soustraire à la prise de corps (*manum depellere*) en soutenant le procès en son nom. Tout citoyen peut se porter *vindex* d'un prolétaire; mais si le saisi est inscrit dans les classes du cens (*adsiduus*), les Douze Tables exigent que le *vindex* le soit également (7). Cette condition prouve que le *vindex* encourait une responsabilité : en cas d'insuccès, il était vraisemblablement traité comme un plaideur téméraire et tenu de payer le double (8).

A défaut de payement ou de *vindex*, le créancier peut obtenir du magistrat l'*addictio* de son débiteur, puis le tuer ou le vendre comme esclave à l'étranger (9).

2. PIGNORIS CAPIO. — La *pignoris capio*, comme la *manus injectio*, est un moyen de se faire justice; elle consiste à mettre la main, non plus

(1) C'est ce que fit la loi Furia *testamentaria*. Malgré le silence de la loi, on continua, dit Gaius (IV, 24), à insérer les mots *pro judicato* dans la formule.

(2) GAIUS, IV, 23.

(3) GELL., XX, 1, 45 : *Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit.*

(4) Au VIe siècle, le jugement de certains cas de *m. i.* est déféré à des auxiliaires du Préteur, les triumvirs capitaux, créés vers 464 (LIV., *epit.*, XI), et qui devinrent des magistrats électifs entre 512 et 630. PLAUT., *Truc.*, IV, 2, 29; VARR., *L. l.*, IX, 85.

(5) Cf. GAUCKLER, *N. R.*, *H.*, XIII, 608.

(6) Cf. FEST., v° *Vindex*; l. *col. Genetivæ Juliæ : Si qui in eo vim faciet.* D'après BRÉAL et BAILLY (*Dict. étym.*, 439), *vindex* viendrait de *venum dicere*, et désignerait celui qui déclare consigner le prix d'une chose ou d'une personne. Tel n'est pas le rôle du *vindex* d'après les Douze Tables et la loi de Genetiva Julia.

(7) GELL., XVI, 10, 5 : *Adsiduo vindex adsiduus esto, proletario jam civi, quis volet, vindex esto.* Le choix du *vindex* ne se détermine pas d'après la valeur du litige : le prolétaire n'est plus à cet égard sous la dépendance des riches. On remarquera que la distinction du patriciat et de la plèbe est étrangère à la rédaction des Douze Tables qui nous est parvenue; elle est remplacée ici par celle des riches et des pauvres. Cette rédaction date d'une époque où la plèbe avait conquis l'égalité de droit avec le patriciat au point de vue politique comme au point de vue du droit privé. Elle doit être postérieure à la loi Licinia Sextia de 388, sans doute aussi à la loi Publilia de 415, et même à la loi Pœtelia, de 428. Cf. E. PAIS, *Storia critica di Roma*, II, 244, qui cite une série de faits attestant l'existence de plusieurs rédactions successives des Douze Tables. La règle qui exclut les privilèges pour certains citoyens, celle qui accorde aux citoyens accusés d'un crime capital la garantie du *comitiatus maximus*, ne peuvent être de la même époque que les dispositions archaïques sur le *nexum* ou sur le talion.

(8) Telle est la règle générale appliquée, à l'époque classique, au cas où l'on conteste à tort une de ces créances qui donnaient lieu anciennement à la *manus injectio*. (GAIUS, IV, 9.) Cf. loi *Col. Genet.*, 61 : *Dupli damnas esto.*

(9) P. 85 En cas de pluralité de créanciers, les Douze Tables leur confèrent le droit de couper le corps du débiteur et de se partager les morceaux. GELL., XX, 1, 48.

sur le débiteur, mais sur un objet qui lui appartient. Le créancier saisit cet objet et le conserve à titre de gage jusqu'à ce que le débiteur acquitte sa dette. Bien que très ancienne et antérieure aux Douze Tables, la *p. c.* révèle une phase du droit plus récente que la *manus injectio*. L'idée de saisir une chose appartenant à quelqu'un, au lieu de s'en prendre à sa personne, n'a pu s'introduire qu'à une époque où l'on a conscience d'un rapport juridique existant entre l'homme et la chose. — La *p. c.* diffère à un autre point de vue de la *manus injectio* : elle a toujours lieu sans jugement préalable.

Le seul trait qui lui soit commun avec les actions de la loi, c'est qu'elle exige une déclaration en termes solennels. A tous autres égards, elle s'en distingue : elle a lieu hors la présence du magistrat, souvent en l'absence du saisi, et même un jour néfaste.

a) Applications. — La *pignoris capio* n'a qu'une application très restreinte ; elle est admise en matière militaire, religieuse ou fiscale, dans quelques cas consacrés par la coutume ou par la loi (1).

La *p. c.* est accordée par la coutume : aux soldats contre le tribun (2) chargé du payement de leur solde ; aux chevaliers pour garantir le payement de la somme destinée à acheter, soit leurs chevaux de service *(æs equestre)*, soit l'orge nécessaire à la nourriture des chevaux *(æs hordearium)*. La *p. c.* s'exerçait ici contre les veuves et les orphelins qui, exempts du tribut, étaient tenus de cet impôt (3). — Ces applications ont disparu d'assez bonne heure : la première lorsque l'État se chargea de la solde des militaires ; les autres, après la seconde guerre punique, lorsque les chevaliers *equo publico* furent dispensés du service militaire.

La *p. c.* est accordée par les Douze Tables : à celui qui a vendu à crédit une victime destinée à un sacrifice (4) et ne peut se faire payer par l'acheteur ; à celui qui a loué une de ses bêtes de somme afin de se procurer l'argent nécessaire pour offrir un sacrifice, et ne peut se faire payer par le locataire. Dans ces deux cas, la loi sanctionne indirectement une créance née d'un acte sans formes (vente, louage). — La *p. c.* est enfin accordée par la *lex censoria* aux publicains fermiers de l'impôt contre les contribuables (p. 453).

b) Caractère. — C'est une question discutée de savoir à quel titre les particuliers exercent la *p. c.* La *pignoris capio* est-elle un vestige de la saisie extrajudiciaire usitée chez les peuples primitifs ? Est-ce un droit

(1) Aux cas cités par Gaius, IV, 26-29, il faut joindre celui du sénatus-consulte *de pago Montano* : *CIL.*, VI, 31577.

(2) Le *tribunus ærarius* est le président d'une tribu. Il était sans doute chargé de percevoir dans sa tribu les redevances destinées au payement de la solde et de les répartir entre les ayants droit. Cat., ap. Gell., VI, 10.

(3) La *p. c.* pour l'*æs equestre* s'exerçait vraisemblablement contre le *tribunus ærarius*. Cependant Cicéron (*De Rep.*, II, 20) dit que les veuves et les orphelins étaient tenus d'un impôt *equis publicis adsignandis et alendis*.

(4) La vente à crédit, peu usitée à l'époque antique, avait ici sa raison d'être : en achetant un animal pour l'offrir aux dieux, on ne pouvait savoir d'avance s'il serait agréé par les pontifes ; la vente était forcément subordonnée à une condition résolutoire et par suite ne pouvait, pour une *res mancipi*, être réalisée par mancipation. Le vendeur n'aurait eu aucun recours contre l'acheteur, si les décemvirs ne lui eussent donné la *p. c.*

exercé par un citoyen à titre de délégué d'un magistrat (1)? La *p. c.* est en effet l'un des modes de coercition employés par les magistrats supérieurs contre les citoyens qui désobéissent à leurs ordres (2). Il ne paraît pas douteux que les publicains exercent la *p. c.* contre les contribuables à titre de délégués du magistrat; ils sont mis en ses lieu et place pour le recouvrement de l'impôt : ils doivent l'être aussi pour la contrainte à exercer contre les débiteurs récalcitrants. La même solution s'applique à la *p. c.* accordée aux militaires : elle s'exerce soit directement contre les contribuables, soit contre les personnes chargées de répartir le montant de l'impôt entre les soldats. Il n'en est pas de même des deux cas où la *p. c.* est accordée par les Douze Tables : la saisie extra-judiciaire a été ici permise à de simples particuliers; c'est une faveur motivée par la cause de la créance (3).

c) *Effet.* — En droit public, le gage saisi par ordre du magistrat est détruit (4) si, dans un certain délai, le débiteur ne l'a pas racheté (5) en payant sa dette. Il est vraisemblable qu'il en était de même en droit privé. On ignore quelle était la procédure à suivre lorsque le débiteur contestait la validité de la saisie (6).

3. SACRAMENTUM. — *a*) *Notion.* — Tandis que la *manus injectio* et la *pignoris capio* ne sont que des actes de force accomplis avec ou sans l'autorisation du magistrat, l'action de la loi par serment éveille dans l'esprit l'idée d'un procès; on y trouve, à côté d'un simulacre de combat, un conflit de deux prétentions contraires, et ce conflit est tranché par un jugement. Cette action de la loi appartient à une période de transition : c'est une combinaison du système de la justice privée et de celui de la justice publique. Le demandeur affirme qu'il est propriétaire; le défendeur le conteste. Au moment où les parties vont en venir aux mains, le magistrat les arrête. L'exercice de la justice privée est suspendu jusqu'à ce qu'on ait décidé qui a tort et qui a raison. S'il est reconnu que l'affirmation du demandeur est juste, la justice privée reprend son cours. Ce mode de procéder a donc pour

(1) Voir dans le premier sens JOBBÉ-DUVAL, I, 9; dans le second, PERNICE, *Sav. Z.*, V, 128; GIRARD, 1037. La raison de douter vient de l'emploi de paroles solennelles exigé pour les particuliers et non pour le magistrat. Mais on a pu imposer à un simple citoyen, agissant comme délégué du magistrat, l'obligation de faire connaître publiquement le pouvoir dont il se trouve exceptionnellement investi.

(2) Pour les magistrats municipaux, cf. p. 809, 3.

(3) On a conjecturé qu'il s'agit ici d'une *pignoris capio* appartenant jadis au roi, grand prêtre de la cité. Il y avait un intérêt public religieux à ce qu'un obstacle matériel n'empêchât pas l'accomplissement d'un devoir de culte envers les dieux. (GIRARD, 982, 2.) Mais, si cette raison était exacte, ce n'est pas seulement dans le cas d'achat d'un animal destiné au sacrifice que la *p. c.* devrait être accordée.

(4) *Pignus cædere.* (CIC., *De or.*, III, 1.) La *p. c.* était accompagnée d'une amende infligée au contrevenant. (FRONTIN, *De aq.*, 129; GELL., XIV, 7; TAC., *Ann.*, XIII, 28.) L'appel au peuple n'était pas admis contre la *p. c.* Sous l'Empire, la faculté de détruire le gage fut atténuée. (ULP., *D.*, IX, 2, 29, 7; XXVII, 9, 3, 1.)

(5) *Pignus luere* : GAIUS, IV, 32. Le délai est de deux mois dans le *pignus ex causa judicati captum.* CALLISTR., *D.*, XLII, 1, 31.

(6) La possibilité d'une procédure à la suite d'une *p. c.* est attestée par CIC., *2a in Verr.*, III, 11, et GAIUS, IV, 32; mais ici le procès est intenté par le créancier qui veut faire déterminer judiciairement la somme que le débiteur devra payer pour racheter le gage. On ne suppose pas une contestation sur la validité de la *p. c.* Peut-être considérait-on le saisissant comme un voleur, lorsqu'il avait agi sans droit. Cf. JOBBÉ-DUVAL, I, 11.

but de constater l'existence du droit prétendu par le demandeur et pour effet de forcer la victime d'une injustice à surseoir à sa vengeance. Par rapport au système de la justice privée, il y a là un progrès.

Cette action de la loi tire son nom du *sacramentum* qui en forme le trait caractéristique. Le *sacramentum* est à la fois un serment et une amende : c'est d'abord une déclaration faite par chacun des plaideurs sous la foi du serment (1); c'est ensuite le dépôt d'une somme d'argent (2) que chacune des parties renonce à réclamer si son affirmation est reconnue injuste. Cette somme était employée par les pontifes à des sacrifices publics (3). Elle fut fixée par les Douze Tables à 500 as ou 50 as, suivant que l'objet du litige valait plus ou moins de 1 000 as. Il fallait être riche pour courir le risque de sacrifier une somme aussi forte (4).

b) Sécularisation du sacramentum. — Le *sacramentum* a perdu son caractère religieux à une époque que l'on ne peut déterminer avec certitude (5) : la prétention de chacun des plaideurs n'est plus confirmée par un serment. Seul le dépôt d'une somme d'argent a subsisté : mais, au lieu de la livrer effectivement, on se contente de promettre au Préteur, sous la garantie de cautions, de la verser au Trésor si l'on succombe; les triumvirs capitaux sont chargés d'en opérer le recouvrement (6). Ce fut une heureuse innovation pour les plaideurs pauvres : ils furent dispensés de faire l'avance d'une somme qu'il leur était difficile de se procurer.

c) Applications et formes. — L'action *per sacramentum* a une portée générale : elle s'applique dans tous les cas où la loi n'en a pas autrement décidé, soit qu'on invoque un droit sur une chose (*actio in rem*), soit qu'on agisse contre une personne (*actio in personam*) (7).

Les formes de l'action réelle ont été décrites à propos de la revendication (p. 293), celles de l'action personnelle sont en partie les mêmes (8), mais il n'y a pas de *manus consertio*.

d) Solution du litige. — A la différence de la *manus injectio* et de la *pignoris capio*, l'action par serment aboutit, sauf le cas d'aveu du défendeur, à constater l'existence de deux prétentions contraires, appuyées chacune sur un serment. Il y a donc une question à résoudre, celle de

(1) P. DIAC., *h. v°* : *Sacramentum dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita geritur.* Cf. DANZ, *Der sacrale Schutz*, 1853, p. 151.

(2) FEST., *h. v°* : *Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contendit.* Le dépôt avait lieu *ad pontem* (VARR., *L. l.*, V, 36) ou plutôt *ad pontificem*. Il ne s'agit pas, comme on l'a dit, d'un pont conduisant à l'île du Tibre où se trouvait une chapelle de Jupiter Jurarius : le premier pont entre l'île Tibérine et la rive gauche du Tibre fut construit vers 461; le temple de Jupiter Jurarius, en 560. Cf. BESNIER, *l'Ile Tibérine dans l'antiquité*, 1902.

(3) FEST., *h. v°* : *Consumebatur id in rebus divinis.*

(4) Avant la loi Aternia Tarpeia de l'an 300, on consignait 5 bœufs ou 5 brebis; le bœuf valait 100 as, la brebis 10 as (FEST., v° *Peculatus*; CIC., *De rep.*, II, 35).

(5) L'établissement de la République, ou la création des triumvirs capitaux.

(6) GAIUS, IV, 13. En vertu de la loi Papiria : FEST., v° *Sacramentum*.

(7) GAIUS, IV, 13. Cf. sur l'action in rem, LOTMAR, *Zur l. a. sacr. in rem*, 1876; BRINZ, *Zur Kontravindication in der l. a. sacramento*, 1877; BECHMANN, *Studie im Gebiete der l. a. sacr. in rem*, 1889. Ed. CUQ, *Dict. Antiq.*, IV, 952.

(8) *Ibid.*, 16 : *Deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur.*

savoir si le serment prêté par chacune des parties est juste ou injuste (1). Aux derniers siècles de la République, la solution de cette question était confiée, au moins dans les causes les plus importantes, au collège des décemvirs ou à celui des centumvirs. A l'époque antérieure, depuis la loi Pinaria et peut-être un peu avant (2), l'affaire était soumise à l'examen d'un juré. On dit souvent qu'il en fut de même depuis l'établissement de la République, mais il y a des raisons de douter : il existe. à côté du *sacramentum,* une action qui se caractérise par la demande d'un juge; il est peu vraisemblable qu'à l'origine on ait également demandé un juge dans le *sacramentum;* la prestation de serment, le dépôt d'une somme destinée aux sacrifices publics font du procès une cause sacrée qui ne saurait être résolue sans l'avis des pontifes. La question qui leur est soumise n'est pas une question de droit : elle a pour but de déterminer lequel des plaideurs a eu raison de prendre les dieux à témoin de son affirmation. C'est une question religieuse qu'ils ont à résoudre comme interprètes de la volonté des dieux (3). Il ne faut donc pas se méprendre sur le rôle que jouent ici les pontifes : ils ne statuent pas comme juges; on leur demande une consultation et non un jugement (4). Cette consultation leur assurait d'ailleurs une influence prépondérante sur la solution du litige : telle est sans doute l'idée exprimée par Pomponius, lorsqu'il dit que chaque année l'un des pontifes était délégué pour *præesse privatis (litibus)* (5).

e) Effets. — En matière réelle, le défendeur, qui succombe après avoir obtenu la possession intérimaire, doit restituer la chose qu'on lui a attribuée à tort et le profit qu'il en a retiré. Il supporte les risques résultant de la perte totale ou partielle. Il doit aussi rendre les fruits, sinon payer le double de leur valeur, d'après l'estimation qui en est faite, sur sa demande, par trois arbitres nommés par le magistrat (6). En matière personnelle, le demandeur, dont la prétention est déclarée juste, a été sans doute autorisé de bonne heure à exercer la *manus injectio* contre le défendeur, tout au moins pour les dettes d'argent.

4. *Judicis postulatio.* — Cette action de la loi, sur laquelle on a très peu de renseignements (7), a pour trait caractéristique la demande d'un juge ou d'un arbitre (8). Elle diffère de la précédente par son caractère et par ses effets.

D'abord elle n'a pas un caractère religieux comme le *sacramentum;*

(1) Cic., *p. Cæc.*, 33; *p. domo*, 20.
(2) Ps. Asc., *in Verr.*, II, 11 : *Cum in rem aliquam agerent litigatores et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem qui dabatur post XXX diem.* Gaius, IV, 15 : *Ante eam autem legem [stat]im dabatur judex.*
(3) Tel est leur rôle dans les causes qui intéressent la cité. Cic., *De harusp.*, 7.
(4) Un fait analogue s'est produit en Chaldée à l'époque de Hammourabi : la juridiction sacerdotale a été peu à peu éliminée par la juridiction civile (Cf. Ed. Cuq, *Essai sur l'organisation judiciaire de la Chaldée*, p. 9, 15, 17.) Sur le rôle des prêtres dans l'administration de la justice à l'époque néo-babylonienne, *ibid.*, p. 18.
(5) *D.*, I, 2, 6. Cf Bechmann, *Ueber die richterliche Thätigkeit der Pontifices im altröm. Civilprozess*, 1890; H. Krueger, *Sav. Z.*, XXIII, 491.
(6) Fest., v° *Vindiciæ : Et in XII : Si vindiciam falsam tulit, si velit is [præ]tor arbitros tres dato Eorum arbitrio [rei ?] fructus duplione damnum decidito.*
(7) Gaius, IV, 12; 20.
(8) Val. Prob., 4, 8 : T(*e*) PR(*ætor*) I(*udicem*) A(*rbitrum*) V(*e*) P(*ostulo*) V(*ti*) D(*es*).

puis elle ne contient aucun élément qui rappelle le système de la justice privée : demander un juge, c'est renoncer à l'usage antique de se faire justice soi-même ; c'est rendre hommage à la justice publique (1).

La *judicis postulatio* a pour effet non pas seulement d'établir lequel des plaideurs a raison, mais aussi de déterminer l'étendue du droit du demandeur s'il obtient gain de cause, de fixer la somme qu'il peut exiger du défendeur. Parfois, et spécialement en certains cas d'arbitrage, il s'agit de régler un état de fait, de mettre fin à une indivision entre cohéritiers, de préciser les limites de deux fonds.

3. *Condictio.* — La *condictio* a été introduite par une loi Silia pour faire valoir les dettes d'argent certaines (p. 417), puis étendue par une loi Calpurnia aux dettes qui ont pour objet une chose certaine autre que de l'argent (2). La *condictio* tire son nom d'une dénonciation faite par le créancier pour proposer au débiteur de prendre un juge au bout de 30 jours. Ce délai permet au débiteur qui a du crédit de se procurer l'argent nécessaire pour se libérer. Aucune consignation n'est exigée : le débiteur ne court pas le risque de perdre 50 ou 500 as comme dans le *sacramentum*.

Les effets de la *condictio* sont rigoureux : le demandeur, qui obtient gain de cause, peut exercer la *manus injectio judicati*. La loi permet au créancier d'une somme d'argent de stipuler du débiteur un tiers de la somme réclamée, pour le cas où sa résistance serait reconnue mal fondée *(sponsio tertiae partis)*. De son côté, il doit promettre de payer un tiers en sus si sa prétention est écartée ; c'est la peine du plaideur téméraire (3).

§ 4. **Procédure devant le juge.** — Les plaideurs et le juge doivent se rendre au forum, au jour fixé. Si l'un des plaideurs fait défaut, s'il ne comparaît pas avant midi sans s'être excusé, on donne gain de cause à celui qui est présent (4). Le juge ne peut pas non plus faire défaut à moins d'un empêchement prévu par la loi (5). Les causes d'excuses doivent être présentées au magistrat par un mandataire. Si

(1) Il est possible qu'à une certaine époque on ait pu opter, en matière personnelle, entre ces deux actions de la loi : Gaius (IV, 20) semble l'indiquer. Mais cette faculté n'a pas existé de tout temps : il y a certaines affaires, comme celles qui donnent lieu à la demande d'un arbitre, qui n'ont jamais eu le caractère de *lites*.

(2) Gaius, IV, 19. Cette loi existait vraisemblablement dans la première moitié du VI[e] siècle ; elle doit être antérieure à la création de l'action *ex stipulatu* (p. 418). Pernice, *Labeo*, III, 233, Mommsen, *Strafr.*, III, 5, l'identifient avec la loi Calpurnia *repetundarum* de 605. Mais il est difficile d'admettre qu'on ait attribué au juge le pouvoir d'estimer les stipulations incertaines alors qu'il n'avait pas un pouvoir analogue pour les stipulations *certae rei*.

(3) Cic., *P. Rosc. com.*, 5, appelle cette stipulation *sponsio legitimae partis*, peut-être parce qu'elle fut introduite par la loi Silia. La *sponsio* du tiers était une faculté à laquelle on pouvait renoncer. Tel est, croyons-nous, le sens de *sponsionem facere permittitur* dans Gaius, IV, 171 ; 13. La même expression se retrouve avec cette signification dans l'édit du Préteur sur les interdits (Ulp., *D.*, XLIII, 17, 1 pr.) où le mot *agere* a été substitué à *sponsionem permittere*. Cf. Lenel, II, 219.

(4) Gell., XVII, 2.

(5) 1° *Morbus sonticus* (Fest., v° *Sonticum*). Cette expression désigne une maladie grave telle que la fièvre romaine (malaria) : Jul., *D.*, XLII, 1, 60 ; Gell., XX, 1 ; Ulp., *D.*, II, 11, 2, 3 ; 2° *Condictus dies cum hoste* ; 3° *Status dies cum hoste* ; 4° *Sacrificium, funus familiare* (*L. col. Genetiv.*, 95) ; 5° *Feriae denicales* (*Ibid.* ; Fest., v° *Denicales*.)

elles sont agréées, l'affaire est remise à une date ultérieure (1). Sinon le juge fait le procès sien (p. 589).

L'instruction de l'affaire par le juge n'a pas été réglementée par la loi. Dans l'usage, la procédure *in judicio* commence par un exposé sommaire de la cause, puis les parties développent successivement les moyens invoqués à l'appui de leur prétention et produisent leurs témoins (2). Suivant une règle déjà très ancienne au temps de Caton, le fardeau de la preuve incombe au demandeur (3). Après avoir écouté les parties et les témoins, le juge peut, lorsqu'il a des doutes, renvoyer l'affaire à une autre session jusqu'à plus ample informé (4). Si sa conviction est faite, il rend une sentence conforme ou contraire à la prétention du demandeur : dans le premier cas, le défendeur est *judicatus*, parfois *condemnatus;* dans le second, il est absous.

Le juge apprécie la prétention qui lui est soumise, en se plaçant au jour de la *litis contestatio*. Il n'a pas à tenir compte des événements postérieurs (perte ou détérioration, plus-value ou dépréciation de la chose), ni des modifications qui ont pu se produire avant le jugement (5). De même qu'on a écarté les demandes complexes (p. 838, 8), on a exclu de l'examen du juge les faits qui auraient pu, après coup, rendre complexe une demande qui primitivement ne l'était pas. L'application de la règle peut conduire, en certains cas, à un résultat inique, mais on a pensé qu'il y aurait plus d'inconvénients à laisser le procès traîner en longueur par la mauvaise foi du défendeur ou la partialité du juge. Quelque retard que subisse l'examen de la cause, le demandeur ne doit pas en souffrir : tout doit se passer comme si le juge avait rendu sa sentence dès qu'il a été saisi de l'affaire.

§ 5. Procédure gracieuse. — La pensée d'utiliser les formes de la procédure pour réaliser un but convenu apparaît à Rome de bonne heure. Les parties se mettent d'accord entre elles avant de se rendre devant le magistrat. Bien qu'elles se présentent en justice comme des plaideurs, le procès est fictif. La procédure qui va s'engager, ne supposant aucun débat réel, cesse d'être contentieuse : le magistrat qui prête son concours fait acte de juridiction gracieuse. Il constate le défaut de protestation du défendeur et donne acte au demandeur de sa déclaration *(addictio)*. Son rôle n'est d'ailleurs pas de pure forme : il exerce un contrôle sur les affranchissements (6). — Cette procédure se pré-

(1) Cic., *ad Att.*, XIII, 2; Fest., vº *Reus*.
(2) Nul ne peut être contraint de prêter son témoignage en justice à l'exception des témoins d'un acte solennel et du porte-balance (p. 109, 1).
(3) Gell., XIV, 2.
(4) *Non liquet :* Ps. Asc., *in Verr.*, 104; cf. p. 896, 9 Cic., *p. Cæc.*, 10. *2ª in Verr.*. I, 9 : *Amplius!* Sen., *Ep.*, 65.
(5) Cette règle a laissé des traces à l'époque classique : perte d'une chose due en vertu d'une stipulation ou d'un testament (Pomp., *D.*, XVI, 3, 12, 3); plus-value ou dépréciation dans l'action née du *mutuum* (Jul., *D.*, XII, 1, 22; Gai.. *D.*, XIII. 3, 4). Accessoires (fruits, part, alluvion) exclus des *condictiones* (arg. Pap. *D.*, XXII, 1, 2; 3, 1) et de la revendication (où l'on a recours à une procédure spéciale, p. 295); satisfaction donnée par le défendeur (Gaius, IV, 114).
(6) Dosithée, frg. 8 : *Sunt autem plures causæ in quibus non tuetur proconsul manumissionem.* Girard (*Textes*. 507) corrige le texte sans motif et propose de lire *libertatem*. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XXVIII, 58.

sente en général sous la forme d'un procès en revendication : elle a pour résultat une *in jure cessio*.

II La procédure formulaire.

La procédure, sous l'empire de laquelle s'est formé le droit classique est la procédure par formules. Les parties demandent au Préteur l'autorisation de soumettre leur différend à un juge *(judicium dare)* investi du pouvoir de statuer (*judicare jubere* : loi Rubria, 20). Les éléments du débat sont précisés dans un écrit (1) rédigé en termes appropriés à chaque espèce *(concepta verba)*, mais qui a de bonne heure été conçu, dans les cas semblables, en termes identiques et a reçu le nom de *formule* (2).

Les formules étaient préparées par des juristes, car le Préteur, homme politique, aurait eu rarement les connaissances nécessaires : il se bornait à les publier à son entrée en charge, en leur donnant l'autorité qui s'attache aux actes d'un magistrat. Lorsqu'il siégeait à son tribunal, il examinait s'il y avait lieu d'accorder ou de modifier dans l'espèce la formule qui lui était présentée.

L'emploi des formules communiqua à la procédure une souplesse qui faisait défaut aux actions de la loi. Le magistrat avait toute latitude pour sanctionner des rapports nouveaux : il put s'inspirer du droit pérégrin, consacrer les usages des honnêtes gens, préparer les éléments d'un droit plus large que le droit civil et mieux en rapport avec les besoins du commerce international.

§ 1er. Origine et développement. — La procédure formulaire a été vraisemblablement introduite devant le préteur pérégrin (3). Pour trancher les différends qui s'élevaient entre étrangers ou entre citoyens et étrangers, il n'était possible ni aux plaideurs de recourir aux solennités des actions de la loi, ni au juge de statuer d'après la loi romaine. L'usage des actions de la loi ne pouvait guère être imposé à des étrangers, même à ceux qui étaient alliés au peuple romain : connaissant mal la langue latine ils auraient encouru trop facilement la nullité résultant de l'emploi d'un terme impropre ; le magistrat se chargea d'indiquer lui-même au juge les faits soumis à son examen (4) et

(1) Cela résulte notamment du nom donné à cette clause de la formule qu'on appelle *præscriptio*. (GAIUS, IV, 132) Cf. CIC., *p. Mur.*, 13 : *Etenim quæ de scripto aguntur, scripta sunt omnia, neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim qua de re agitur addere.*

(2) On dit souvent que la formule est un ordre adressé au juge par le Préteur. Mais la teneur de la formule montre que ce sont les parties qui parlent et non le magistrat. Le juge est mentionné à la 3e personne *(esto, condemnato, absolvito, adjudicato)* GAIUS, IV, 42, 43, 47. La variante *condemna, absolve* (cod. 50) est une déformation. Tous les termes qui se réfèrent à la *litiscontestatio* désignent des actes accomplis par les parties : *petere, agere, in judicium deducere* ou *accipere*. L'effet extinctif lui-même est la conséquence d'un acte du demandeur. *D.*, XLVI, 3, 36 : *Si ... petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant*. Cf. WLASSAK, *Sav. Z.*, XXXIII, 91. *Klass. Provinzialprozess.*, 1921, p. 25.

(3) C'est l'opinion générale. Cf. HUSCHKE, *Analecta litt.*, 216 ; ORTOLAN, III, 50 ; WLASSAK, *Röm. Prozessg.*, II, 301-304 ; LENEL, *Sav. Z.*, 1898, XIX, 276. PARTSCH, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, 1905, p. 3.

(4) LIV., XXXIX, 26, 14 : *De injuriis, quas ultro citroque inlatas quererentur, quo modo inter eas gentes et Macedonas disceptetur, formulam juris exsequendi constituendam esse.*

qui devaient être appréciés d'après les règles consacrées par le traité d'alliance. Quant aux pérégrins soumis à la domination romaine, il était nécessaire de donner au juge une instruction spéciale pour lui indiquer les faits dont la vérification devait, d'un commun accord, entraîner la solution du litige (1). Une instruction verbale eût été ici insuffisante : il fallait un écrit pour supprimer toute incertitude sur les questions soumises au juge, en vertu de l'accord intervenu entre les parties en présence du magistrat (2).

I. — L'emploi de la procédure formulaire a été étendu aux procès entre citoyens :

1° Dans des cas analogues à ceux qui donnaient lieu à un *jurgium :*

a) Pour sanctionner des rapports impliquant des prestations réciproques (vente, louage, etc.) (3) et qu'il était d'usage de soumettre à l'arbitrage d'un homme de bien (4). C'est l'origine des actions de bonne foi (5).

(1) Dans un seul cas, à notre connaissance, l'exercice d'une action de la loi a été permis aux pérégrins : la loi Calpurnia *repetundarum* de 605 et la loi Junia leur donnent l'action de la loi par serment pour se faire restituer les sommes qu'un magistrat provincial leur a indûment extorquées C'est une exception qu'il est aisé de justifier. L'action de la loi offrait ici un avantage : elle excluait l'arbitraire du magistrat dans une affaire qui intéressait un de ses futurs collègues et où l'on pouvait craindre sa partialité. La loi accorda aux pérégrins une autre garantie : le jugement du procès fut confié, non pas à un juge unique, mais à un conseil composé de jurés et présidé par un préteur.

(2) On a dit que l'usage des formules n'est qu'une imitation d'institutions provinciales : en Sicile les demandes en justice étaient formées par écrit et inscrites au rôle d'audience du magistrat. (Cic., *in Verr.*, II, 2, 15 ; 17.) Mais il y a loin d'un écrit rédigé par la partie intéressée, à la formule qui constate l'accord des plaideurs et subordonne la condamnation aux conditions posées par le magistrat. L'analogie que l'on avait cru trouver entre cet usage et celui qui était pratiqué dans l'Egypte romaine est sans fondement. Le registre, appelé καταχωρισμός, n'a aucun rapport avec le rôle des assises : on y inscrivait les plaintes contre inconnus, ou contre des personnes dont le domicile n'était pas connu. Cf. Mitteis, *Grundz.*, 37, 2.

(3) L'usage de l'arbitrage en matière de vente existait au milieu du VIe siècle, au temps où vivait Sextus Ælius. Cels., *D.*, XIX, 1, 38, 1 : *Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt; quorum et mihi justissima videtur esse sententia.* F. Girard (*Mél.*, 79) essaie d'écarter ce témoignage si net en disant que le texte a été modernisé ou qu'il faut sous-entendre une stipulation.

(4) La transformation éventuelle de l'*arbitrium* en *judicium* est attestée par Caton (*R. r* 149) à propos de la *lex pabuli : Si quid emptor... domino damni dederit, boni viri arbitratu resolvat. Si quid dominus... emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur... Si quid de iis rebus controversiæ erit, Romæ judicium fiat.*

(5) Dans divers cas où le Préteur a proposé une formule *in factum*. on donne, à l'époque classique, une action *in jus* de bonne foi. Cette formule a tantôt remplacé la formule *in factum*, tantôt coexisté avec elle : Wlassak la considère comme dérivant de la formule *in factum* (*Negotiorum gestio*, 159) ; mais il y a entre elles des différences si profondes que la transition d'une formule à l'autre est bien difficile à admettre. Différence quant aux pouvoirs du juge : dans l'une, il est lié par les termes de la formule qui sont autant de conditions auxquelles est subordonnée la condamnation ; dans l'autre, il doit apprécier les rapports des parties d'après la bonne foi. Différence quant à l'objet : la formule *in factum* vise un cas spécial où le Préteur a jugé utile de réprimer le tort causé au demandeur ; la formule *in jus* invite le juge à statuer sur les prestations réciproques dues en vertu de l'acte qui motive le procès (*quid quemque cuique præstare oporteret* : Cic., *de off.*, III, 17; Gaius, III, 137). Enfin, s'il y avait eu transformation de la formule *in factum* en formule *in jus*, on ne s'expliquerait pas la persistance de la première en certains cas (p. 856, 1); aussi Karlowa (II, 1315) préfère-t-il admettre qu'elle est postérieure à la formule *in jus*. Les actions de bonne foi ne sauraient donc être rattachées aux actions *in factum* du genre de celles qui subsistent au temps de Gaius ; elles dérivent, à notre avis, d'une autre classe d'actions prétoriennes

b) Pour sanctionner le droit de propriété, lorsqu'on demandait une formule pétitoire. La nature du procès en revendication était modifiée, il n'y avait plus de combat simulé, ni de *sponsio* pénale ou simplement préjudicielle. Ce n'était plus une lutte entre personnes ennemies. Il n'y avait pas même, le cas échéant, de condamnation si le défendeur restituait la chose et ses accessoires conformément à l'invitation du juge. Il est vraisemblable qu'ici, comme en matière d'interdit restitutoire, le défendeur devait requérir une formule arbitraire dès sa comparution *in jure* (1). A cette condition, la procédure était pour lui *sine periculo ;* il ne courait pas le risque de perdre le montant du *sacramentum* ou de la *sponsio.*

Dans les deux cas qui viennent d'être cités, le juge est investi d'un pouvoir particulier, caractérisé par le mot *arbitrium* ou *arbitratus* (2). Ce pouvoir est plus ou moins étendu : dans le premier cas, le juge peut tenir compte des droits réciproques des parties lorsqu'il fait l'estimation du litige ; dans le second, il peut subordonner la condamnation au défaut de la restitution qu'il a prescrite. Cette différence a été atténuée, lorsque la jurisprudence a reconnu au juge de l'action de bonne foi le pouvoir d'absoudre le défendeur qui a spontanément satisfait le demandeur avant le prononcé du jugement (3).

2° Dans les cas où les actions de la loi furent supprimées par la loi Æbutia (4). Cette loi a autorisé les citoyens à user des formules pour certains procès ayant le caractère de *lites* (5). Ces procès sont vraisem-

mentionnées par Cicéron d'après Q. Mucius. Ces actions présentent tous les caractères des actions de bonne foi et sont données dans les mêmes cas ; ce ne sont pas encore des actions civiles, comme on l'a souvent prétendu, car on les qualifie *arbitria honoraria* (cf. Kuebler, *Gesch.*, 45, 38). L'origine prétorienne de ces actions est confirmée par une réponse de Servius (p. 549, 2) et par un fragment d'Ulpien relatif à l'action de commodat *in factum.* A deux reprises (*D.*, XIII, 6, 3, 2-3), il la rapproche des actions de bonne foi, et va même jusqu'à dire que la condamnation sera prononcée *boni judicis arbitrio* (p. 444, 7). Il est impossible d'entendre ces textes de l'action *in factum* décrite par Gaius ; celle-ci ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation. Il faut donc, ou admettre avec Lenel (I, 292) que la bonne foi était prise en considération même dans cette formule, ce qui est sans exemple, ou reconnaître qu'Ulpien parlait de la formule *in factum* de l'*arbitrium.*

(1) Gaius, IV, 163. La procédure par formule pétitoire était usitée en Sicile au temps de Cicéron (*Verr.*, II, 12, 31), à Rome au temps d'Alfenus Varus (consul suffect en 715) : *D.*, VI, 1, 57 ; 58.

(2) Ulp., *D.*, XIII, 6, 3, 3 ; IV, 2, 10, 1. Gaius, IV, 163 : *judicis arbitrio restituere.* Pomp., *D.*, X, 4, 3, 13 : *Judex per arbitrium sibi ex hac actione commissum.* *Inst.*, IV, 6, 32 : *Actiones ex arbitrio judicis pendentes.*

(3) Gaius, IV, 114.

(4) Deux textes seulement parlent de la loi Æbutia d'une manière incidente. Gaius, IV, 30 : *Per legem Æbutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus.* Gell., XVI, 10 : *Omnisque illa duodecim Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Æbutia lata, consopita sit.* On remarquera qu'Aulu-Gelle est moins précis que Gaius, car il attribue à la loi Æbutia une suppression qui, d'après Gaius, fut aussi l'œuvre de deux autres lois. D'après quelques auteurs (Wlassak, *Processg.*, I, 163 ; Girard, 1055, 2), la loi Æbutia n'aurait supprimé aucune action de la loi. Il nous paraît difficile de concilier cette opinion avec le texte de Gaius.

(5) Gaius dit *litigare* et non *jurgare.* Cf. Cic., *de Rep.*, IV, 8. On a soutenu que cette procédure n'a été admise en aucun cas entre citoyens avant la loi Æbutia (Girard, *Mélanges*, I, 152) : Gaius, IV, 30, en serait la preuve. Grâce à cette loi, dit-il, et aux deux lois Julia, les actions de la loi ont été abolies et nous plaidons par formules. Mais Gaius établit un rapport de cause à effet entre l'abolition des actions de la loi et l'emploi des formules, il n'exclut les formules que là où s'ap-

blablement ceux qui donnaient lieu à l'action de la loi *per condictionem* (1). Cette action, bien que de création relativement récente, était mal vue des capitalistes (2) : elle accordait aux débiteurs de choses certaines, notamment de sommes d'argent, un délai de 30 jours qui faisait obstacle à la prompte solution du litige. En remplaçant cette action de la loi par la procédure formulaire (3), la loi permit au créancier de citer directement en justice son débiteur.

La loi Æbutia porta une première atteinte à la procédure antique. Gaius affirme que le législateur a été inspiré par un sentiment de réaction contre la subtilité excessive des *juris conditores*. Ce sentiment n'a pas dû se manifester tout d'un coup contre l'ensemble de la procédure : on a vu les inconvénients de telle ou telle action de la loi avant de se rendre compte de l'infériorité de ce système de procédure. C'est à la longue que la pratique journalière des formules a fini par convaincre les Romains de l'insuffisance des actions de la loi pour la bonne administration de la justice. La substitution générale des formules aux actions de la loi n'eut lieu que sous Auguste.

3° Dans les cas où, à défaut d'action de la loi, le Préteur a créé des actions *in factum*.

C'est ainsi que la procédure formulaire a reçu un large développement bien avant Cicéron (4). Parmi les droits consacrés *sine lege* par une coutume très ancienne, Cicéron (né en 648) cite en première ligne ceux qui dérivent de l'Édit du Préteur (5).

Les avantages de cette procédure en firent généraliser l'application : elle resta à peu près seule en usage, lorsque les lois judiciaires d'Auguste (6), complétant la loi Æbutia, eurent exclu les actions

pliquaient les *legis actiones*. Cicéron (*de Off.*, III, 15, 61) dit, dans le même sens, que le dol était réprimé soit par la loi dans la tutelle et pour les mineurs de 25 ans, soit *sine lege* dans les *judicia* contenant la clause *ex fide bona*.

(1) On ne trouve plus trace de cette action au dernier siècle de la République, alors que toutes les autres actions subsistent : l'action réelle par serment, même au temps de Gaius (IV, 31) ; l'action personnelle est accordée au VII[e] siècle par les lois Calpurnia et Junia. La *judicis postulatio* est mentionnée par Cic., *p. Mur.*, 12, 27 ; *p. Cæc.*, 7, 19 ; *de Or.*, I, 56, 237 ; *de leg.*, I, 21, 55. La *manus injectio* figure dans la loi de Genetiva Julia de 710 (c. 61). La *pignoris capio* est citée par Varron (ap. Gell, VI, 10, 2).

(2) On objecte que la réforme de la procédure n'a pu être faite pour abolir l'action de la loi la plus récente et la plus simple. Mais rien ne prouve que la loi Æbutia ait eu pour but de faire une réforme générale de la procédure. Il est plus probable qu'on a voulu écarter une action de la loi qui ne convenait pas aux besoins de la pratique. Les fluctuations de la loi en matière de dettes d'argent sont bien connues : suivant que le parti influent dans les comices était favorable aux riches ou aux pauvres, la législation a varié à des intervalles très rapprochés.

(3) Au temps de Cicéron (*p. Mur.*, 12, 27), on avait recours à la procédure formulaire pour les dettes d'argent dans les trois principaux cas où l'on agissait autrefois *per condictionem* : stipulation, *expensilatio*, prêt. La loi Æbutia a-t-elle également autorisé le préteur à délivrer des formules en toute matière, dans les cas même où les actions de la loi ont subsisté ? Il nous paraît peu probable qu'elle ait fait une réforme aussi générale. Cicéron ne mentionne nulle part la loi Æbutia ; et pourtant l'occasion ne lui a pas manqué de citer une loi qui aurait réformé une procédure qu'il a plus d'une fois critiquée (*p. Mur.*, 9).

(4) *P. Q. Rosc.*, 8 : *Sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ... Expressæ sunt enim uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ a prætore formulæ ad quas privata lis accomodatur.* Cf. *Top.*, 8.

(5) *De inv.*, II, 22 : *jus quod vetustas comprobarit.*

(6) L'attribution de ces lois à Auguste est rendue vraisemblable par le rapproche-

de la loi dans la plupart des cas (1). Désormais le Préteur délivra des formules, non plus seulement en vertu de son *imperium*, mais aussi en vertu de la loi (2).

II. — Si l'on envisage dans leur ensemble les résultats obtenus par l'emploi de le procédure formulaire, on constate que, grâce à elle, le

ment de MACROB., *Sat.*, I, 10, 4; SUET., *Aug.*, 32; DIO, LIV, 18; MOD., *D.*, XLVIII, 14, 1, 4. La disposition citée par Dion Cassius est de l'an 737. Cf. Ed. CUQ, v° Lex (*Dict. Antiq.*, III, 1149); WLASSAK, I, 184; VOIGT, *leges Juliæ*, 20; GIRARD, *Sav. Z.*, XXXIV, 353, 356.

(1) La *legis actio* subsiste en matière de *damnum infectum* et devant le tribunal des centumvirs (GAIUS, IV, 31). On trouve encore des traces de cette procédure dans POMP., *D.*, XLVII, 7, 6, 2; XLIII, 27, 2; SCÆV., *D.*, XXXIX, 2, 45, et surtout dans les *Notæ juris* d'un contemporain de Domitien, Valerius Probus. Cf. VOIGT, I, 833. — Le maintien partiel de la *legis actio* sous l'Empire prouve qu'à aucune époque on n'a pris de mesure générale contre la procédure des actions de la loi. On s'est contenté d'en exclure l'application soit pour des raisons politiques comme le fit la loi Æbutia, soit, comme au temps d'Auguste, pour simplifier la tâche du magistrat et consacrer un usage déjà très répandu.

(2) Cette extension de la procédure formulaire fut, suivant GIRARD, *Mélanges*, I, 67, 174, la conséquence d'un pouvoir attribué au Préteur par la loi Æbutia, celui de donner à son choix une formule ou une *legis actio*. Mais rien ne prouve que le Préteur ait pu, dans tous les cas, imposer aux parties, spécialement au demandeur, l'obligation de procéder par formules; ce que dit Gaius (IV, 163) sur l'emploi de la formule arbitraire dans certains interdits est plutôt contraire à cette manière de voir. Quant au pouvoir attribué au Préteur, il n'est pas démontré qu'il lui ait fait absolument défaut avant la loi Æbutia. (Cf. WLASSAK, *Sav. Z.*, XXV, 131, 2). Les arguments qu'on a présentés à l'appui ne sont pas décisifs : 1° d'après Gaius (IV, 11), il n'y avait pas d'édits, ni d'actions prétoriennes, à l'époque où les actions de la loi étaient en usage : or la loi Æbutia est la première qui ait retiré à ces actions leur caractère obligatoire; donc Gaius exclut pour la période antérieure les édits et les actions prétoriennes. Mais ce texte ne saurait avoir le sens qu'on lui prête, car la plupart des actions de la loi ont subsisté jusqu'à Auguste, et les actions prétoriennes sont très nombreuses dès le temps de Cicéron. Gaius veut dire qu'à l'époque où les actions de la loi ont été créées (*legibus proditæ*), il n'y avait pas encore d'actions prétoriennes (cf. WLASSAK, II, 303); 2° l'*imperium* du Préteur, si étendu qu'on le suppose, n'a pu s'exercer contrairement à la loi : comme celui du roi, c'est un *imperium legitimum*; il ne dépendait pas du Préteur d'empêcher un citoyen d'exercer une action de la loi, quelque choquant que fût le résultat; il a donc fallu une loi pour conférer au Préteur un pouvoir qui lui faisait défaut. Mais si l'*imperium* du Préteur doit s'exercer dans les limites fixées par la loi, il reprend toute son ampleur dans les cas non prévus par elle; c'est un devoir pour le Préteur de pourvoir aux besoins de la justice là où il n'y a pas d'action de la loi. Même pour les actes consacrés par la loi, l'*imperium* du Préteur a été plus ou moins étendu suivant les époques : ce qu'une loi permet, une autre peut le défendre. (Cf. sur la *denegatio actionis* avant la loi Æbutia, WLASSAK, *Sav. Z.*, 1912, XXXIII, 139.) Si par exemple, depuis la loi Cincia, un donataire exige l'exécution d'une promesse supérieure au taux légal, il n'est pas admissible que le Préteur doive prêter son concours à une violation de la loi. 3° Le système des lois imparfaites et des lois moins que parfaites serait inexplicable si le Préteur avait eu le pouvoir d'arrêter une action intentée contrairement à la loi nouvelle : ces lois accordent une action en répétition contre celui qui a agi d'après la loi ancienne à celui qui n'aurait pas dû être poursuivi d'après la loi nouvelle. Il y a là une affirmation sans preuve. L'existence d'une *condictio* dans le cas de la loi Cincia est, en dehors de la délégation, une hypothèse. Celle d'une action en recours en vertu de la loi Plætoria ne s'appuie sur aucun texte; elle n'est pas même vraisemblable, car l'action de la loi Plætoria est pénale (p. 227). Serait-elle prouvée, il n'y aurait rien à en conclure contre le droit du Préteur de *denegare actionem* : on conçoit que le Préteur ne prenne pas sur lui de se prononcer sur une question aussi délicate que celle de la *circumscriptio*. Enfin la *manus injectio*, accordée par la loi Furia *testamentaria* et par la loi Furia *de sponsu*, ne suppose pas une poursuite judiciaire préalable : la première loi autorise la *m. i.* contre le légataire qui *plus M assibus cepisset*; la seconde, contre le créancier qui *a sponsore plus quam virilem partem exegisset*. Le mot *capere* ne vise pas une poursuite en justice; *exigere* se dit d'une demande formée d'une manière quelconque (*D.*, XXIV, 3, 64, 6), suivant l'observation de LENEL, *Sav. Z.*, XXX, 336.

Préteur a pu assurer ou étendre l'application de la loi, en combler les lacunes, en corriger les effets lorsqu'ils étaient contraires à l'équité. Entre ses mains la formule a été un instrument de progrès : elle lui a fourni le moyen de mettre chaque année le droit en rapport avec l'état social, de donner une satisfaction immédiate aux besoins nouveaux de la pratique sans recourir à l'intervention du législateur. Sa souplesse permis de réaliser pratiquement la cession de créances et la représentation en justice, de donner aux tiers qui traitent avec un préposé un recours contre le préposant. Les procédés employés ont varié suivant le but à atteindre.

1° Pour substituer la formule à l'action de la loi, le moyen le plus simple consista à rédiger une formule *ad legis actionis fictionem* (1) : on invita le juge à tenir la *legis actio* pour accomplie et à prononcer, le cas échéant, contre le défendeur la condamnation qu'il aurait encourue en vertu de l'action de la loi. Ce procédé fut exclu pour l'action *per condictionem*, et cela confirme la conjecture d'après laquelle cette action fut supprimée par la loi Æbutia : il était impossible de faire revivre sous une autre forme une procédure condamnée par la loi. Le Préteur délivra ici une formule indépendante (2).

2° Pour combler les lacunes de la loi, le Préteur précise les faits matériels ou juridiques (3) desquels dépend le succès de la demande. Il prend la responsabilité de la condamnation si les faits sont vérifiés. La délivrance de la formule a lieu exclusivement en vertu de son *imperium* (4). En cela la formule *in factum* diffère de la formule *in jus* qui est donnée par le Préteur en vertu de la loi. On exprime également cette différence en disant que l'action *in jus* contient seule l'affirmation d'un droit consacré par le *jus civile* (5).

3° Pour étendre l'application des formules données en vertu de la loi, le Préteur a recours à deux moyens : il délivre, soit une formule avec transposition de personnes, soit une formule fictice. Dans le premier cas, le Préteur transfère d'une personne à une autre le bénéfice ou la charge d'une obligation déduite en justice : il lui suffit de remplacer dans la *condemnatio* le nom de la personne qui figure dans l'*intentio* comme sujet actif ou passif du droit, par celui de la personne qui doit avoir le bénéfice ou la charge de l'obligation. Telle est la

(1) Gaius, IV, 10; 32. Ex. celle qui est donnée aux publicains pour remplacer la *pignoris capio*.

(2) Gaius, IV, 33. Ex. les actions *certæ pecuniæ*, *certæ rei* et celles qui sanctionnent des rapports qui n'ont jamais donné lieu à une *legis actio* : fiducie, commodat, etc.

(3) Payement, dol, violence. Cf. Gaius, IV, 46.

(4) Sur la qualification d'*in factum civilis*, cf. p. 502, 4.

(5) Cette proposition s'appuie sur Gaius, IV, 45 : *Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur in jus conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex j. Q., aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere, in quibus juris civilis intentio est*. Elle a été contestée par v. Pokrowsky, *Sav. Z.*, XVI, 7. D'après lui, toute action prétorienne serait *in factum*, alors même qu'elle contiendrait l'affirmation d'un droit comme les actions fictices, *adjectitiæ qualitatis*, à transposition de personnes : par suite, la *litis contestatio* produirait ici son effet *exceptionis ope* et non *ipso jure*. Mais l'auteur est obligé de reconnaître qu'il y a au moins un cas où l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit *ipso jure* dans une action qu'il considère comme prétorienne, celle qui est intentée par un *cognitor*. Cf. Erman; *Sav. Z.*, XIX, 261 ; Audibert, *N. R. H.*, XXIV, 260.

formule Rutilienne (1). Dans le second cas, il sanctionne un rapport analogue à un autre rapport déjà consacré par la loi et qui n'en diffère que par l'absence de l'une des conditions requises. Tel est le cas de la formule Publicienne (2). La formule, étendue par une fiction à un cas pour lequel elle n'a pas été proposée, est qualifiée *utile*, par opposition à la formule *directe* ou vulgaire. De ces deux procédés, le premier est commun aux formules *in factum* et *in jus* (3).

4° Le Préteur a bien souvent étendu une formule *in jus* ou *in factum* soit en ajoutant ou en retranchant un ou plusieurs mots, soit en substituant à la formule vulgaire une formule nouvelle, mieux appropriée au fait qu'il croit devoir sanctionner. Dans ces divers cas, la formule mérite encore le nom d'*utile*, bien qu'il ne soit pas toujours facile de décider si l'on se trouve en présence d'une formule entièrement nouvelle ou d'une formule simplement modifiée.

§ 2. **Composition de la formule.** — La formule contient une ou plusieurs parties principales qui se retrouvent dans toutes les formules de même espèce (4). Il peut en outre y avoir des parties accessoires (*præscriptiones*, exceptions, etc.) Les parties principales sont dans l'ordre où elles figurent dans la formule : la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio*, la *condemnatio* (5).

1. *INTENTIO.* — L'*intentio* existe en principe dans toute formule (6) : elle fait connaître au juge la prétention du demandeur. Elle est *certa* ou *incerta* suivant qu'elle est ou non déterminée dans son objet ou dans son étendue (7), *in personam* lorsqu'elle contient le nom du défen-

(1) P. 904. Autres exemples : actions *adjectitiæ qualitatis* (p. 406), actions données au *procurator* ou contre lui (p. 870).

(2) GAIUS, IV, 34, 38 : actions données au *bonorum possessor* ou au *bonorum emptor* avec la fiction *si heres esset*.

(3) Certains auteurs considèrent les formules avec transposition de personnes comme des actions utiles (KELLER, trad., 437); mais dans les cas qui nous sont le mieux connus, l'action utile apparaît comme un progrès par rapport à la formule transférée : tel est le cas de l'action utile du cessionnaire, du fidéicommissaire, du *bonorum emptor*. Cf. KARLOWA, II, 968.

(4) Exemples de chaque partie de la formule dans GAIUS, IV, 39-44.

(5) Ces parties de la formule ont été empruntées aux actions de la loi : on trouve la première dans la *manus injectio*, la seconde dans l'action *per sacramentum* (GAIUS, IV, 21 : 16); l'une et l'autre dans les *actus legitimi* : libération *per æs et libram*, acceptilation, émancipation (GAIUS, III, 174 ; 169; I, 119). Les deux dernières figuraient sans doute dans la *judicis arbitrive postulatio*.

(6) Une formule peut n'avoir qu'une *demonstratio* et une *condemnatio* (GAIUS, IV, 44) : *Nihil enim omnino (demonstratio) sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione*. Tel est le cas de l'action d'injures. Cf. KARLOWA, II, 1333. ALIBERT, *Formules sans intentio*, 1912. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, 1912.

(7) GAIUS, IV, 41. Au lieu de : *Si paret... X dare oportere*, l'*intentio incerta* porte : *quidquid paret... dare facere oportere*. Intérêt pratique : la *plus petitio* n'est possible que si l'*intentio* est *certa*. Sont certaines les actions qui sanctionnent les obligations de donner un corps certain, tel fonds de terre, une somme d'argent déterminée, une certaine quantité de choses d'une qualité déterminée (GAIUS, *D.*, XLV, 1, 74). Sont incertaines les actions qui sanctionnent les obligations de faire, les obligations de donner qui ne rentrent pas dans les catégories qui précèdent (*ubi non apparet quid, quale, quantumque est*), les obligations alternatives au choix du débiteur, les promesses d'usufruit (ULP., *eod.*, 75 pr., 2, 3 et 8), l'action *ad exhibendum*, quelques actions pénales (*furti nec manifesti* : GAIUS, IV, 37; *injuriarum*). Il en est de même des actions noxales civiles dont l'*intentio in jus* rappelle l'obligation du défendeur de *noxiam sarcire aut noxæ dedere*, mais non des actions noxales préto-

deur, *in rem* dans le cas contraire; *in jus* ou *in factum* lorsqu'elle invoque un droit consacré par le droit civil ou par le Préteur (1).

Certaines actions personnelles et *in jus* contiennent dans leur *intentio* la clause *ex fide bona :* ces actions, qui sanctionnent des obligations contractuelles ou quasi-contractuelles, confèrent au juge des pouvoirs étendus; on les appelle actions *de bonne foi*. Par opposition, les actions personnelles et *in jus* qui sanctionnent des rapports de même nature, mais qui n'ont pas la clause de bonne foi, sont appelées de *droit strict* parce que les pouvoirs du juge y sont limités (p. 387).

2. *Demonstratio.* — Plus rare est la *demonstratio* où est indiquée la cause de la demande : elle n'existe que dans les actions personnelles, incertaines. On la trouve notamment (2) dans les formules *in jus* de bonne foi et dans l'action *ex stipulatu* (3). Dans l'un et l'autre cas, la demande a pour objet un *incertum* et ne donnait pas lieu jadis à une action de la loi. Les rapports de ce genre furent vraisemblablement sanctionnés d'abord par une action *in factum :* l'*intentio* de cette action est en effet reproduite presque mot pour mot dans la *demonstratio* de l'action *in jus* correspondante (4).

3. *Adjudicatio.* — Cette clause confère au juge le pouvoir d'attribuer la propriété. Elle n'existe que dans les actions divisoires (p. 279).

4. *Condemnatio.* — La *condemnatio* place le juge dans l'alternative d'absoudre le défendeur si l'*intentio* n'est pas fondée, de le condamner dans le cas contraire (5). Elle existe dans presque toutes les formules : elle ne fait défaut que dans les *præjudicia*.

On donne ce nom à des formules qui tendent à obtenir la reconnaissance judiciaire d'un fait dont on tirera plus tard des conséquences : tels sont les *præjudicia* relatifs à l'état des personnes. Celui, par exemple, qui fait établir sa filiation légitime invoquera ultérieurement le jugement rendu en sa faveur pour réclamer la succession paternelle; mais actuellement il ne demande aucune condamnation. Il y a aussi quelques *præjudicia* relatifs aux droits du patrimoine : ils tendent à faire établir l'inobservation de la loi Cicereia, la nullité d'une *bonorum venditio*, la violation d'une promesse faite à un substitué par un institué conditionnel envoyé en possession provisoire, de ne pas diminuer la valeur d'une hérédité, la compétence d'un tribunal vraisemblablement des centumvirs pour les affaires d'une valeur supérieure à

riennes, où la *noxæ deditio* n'est plus qu'une restriction de la *condemnatio* (cf. Lenel, I. 223; 195). Les actions réelles sont certaines, sauf de très rares exceptions (*vindicatio incertæ partis :* Gaius, IV, 54).

(1) Gaius, IV, 45-46.

(2) Autres exemples : action d'injures, action *finium regundorum* (Paul, *D.*, X, 1, 4 pr., 4). Pour l'action *ad exhibendum*, cf. Lenel, I, 255.

(3) Gaius, IV, 40. La *demonstratio* est parfois remplacée par une *præscriptio* dans l'action *ex stipulatu* donnée contre une caution (p. 418, 7), dans l'action *præscriptis verbis* où l'on ne peut indiquer le nom technique d'un contrat. On a soutenu que la *condictio incerti* (p. 538, 7) était précédée d'une *præscriptio* ou d'une *demonstratio*. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée (Lenel, I, 176, *EP.*³, 156.

(4) Gaius, IV, 60; 47 : *Si paret deposuisse* est remplacé par les mots *quod deposuit* (Paul, *in Collat.*, II, 6, 4-5; cf. Ulp., *D.*, XLVII, 10. 7 pr.).

(5) Quelques actions ont une double *condemnatio :* l'action *de peculio* (p. 407), l'action rédhibitoire (p. 469, 3.)

100 000 sesterces (1). Dans tous ces cas, la formule se réduit à une *intentio*.

La *condemnatio* présente une particularité remarquable : quel que soit l'objet de la demande, le défendeur ne peut jamais être condamné qu'à payer une somme d'argent. La fixation de cette somme est tantôt faite par le magistrat, tantôt laissée à l'appréciation du juge : dans le premier cas la *condemnatio* est *certa*, dans le second *incerta*. La liberté d'appréciation est absolue *(infinita)*, ou limitée par une *taxatio*. Le magistrat peut fixer un maximum absolu *(dumtaxat HS X millia)* ou relatif *(dumtaxat de peculio, quod ad eum pervenit, quanto locupletior factus est)* (2). Il a soin d'indiquer si l'estimation doit être faite d'après la valeur vénale *(quanti ea res est, erit* ou *fuerit)*, ou en tenant compte de l'intérêt du demandeur *(quanti interest* ou *interfuit)* (3), *ex fide bona (ejus condemnato)* ou bien *ex bono et æquo (quanti bonum et æquum ei videbitur)* (4). En certains cas, la *condemnatio* est fixée à un multiple

(1) Papin., *D*., XLII, 5, 30; Paul, V, 9, 1. Il y a encore un *præjudicium* dont l'utilité pratique n'est pas connue : *Quanta dos sit* (Gaius, IV, 44). Cf. Karlowa, II, 1183; Wlassak, *Processg*., I, 227; Lenel, II, 276.

(2) Gaius, IV, 48-51; Lab., ap. Ulp., *D*., XXXIX, 1, 20, 8. Le *quod ad eum pervenit* s'apprécie au moment où l'enrichissement a eu lieu (Paul, *D*., L, 17, 127; cf. Ulp., *D*., V, 3, 23 pr.); le *quanto locupletior factus est*, au moment de la *litis contestatio* (Jul., *D*., IV, 2, 18; Ulp., *D*., XXIV, 1, 7 pr.), ou même du jugement dans la pétition d'hérédité (Paul, *D*., V, 3, 36, 4). Par exception, dans l'action *furti nec manifesti*, le Préteur fixe un minimum (p. 565, 6).

(3) Ulp., *D*., XLVII, 8, 4, 11; Paul, *D*., XLIII, 16, 6. Le *quanti ea res est* s'apprécie au jour de la *l. c.*, par exemple dans la *condictio certæ rei* (Gaius, *D*., XIII, 3, 4; Ulp., *D*., XLVII, 1, 2, 1); le *quanti ea res erit*, au jour du jugement (cf. les édits *de servo corrupto*, *adversus falsum tutorem*, etc.). Le *quanti res fuerit* se réfère au passé : loi Aquilia (p. 572); actions édiliciennes (Jul., *D*., XLIV, 2, 25, 1). Le *quanti interfuit* se trouve dans les actions *de eo quod certo loco* et contre l'*argentarius* qui refuse d'*edere rationes* (cf. Lenel, I, 72; 282). La clause *ejus condemnato* est propre aux actions de bonne foi (Gaius, IV, 47) : elle se calcule ordinairement d'après le *quanti interest*, sauf dans quelques cas où la condamnation est limitée au *quanto minoris est* (Afr., *D*., XIX, 2, 33; Alf., *eod*., 30 pr., 1), ou *ad id quod ad eum pervenit* (Ulp., *D*., XVI, 3, 1, 47). C'est une question de savoir si dans les actions de bonne foi les pouvoirs du juge n'étaient pas susceptibles d'être limités par une *taxatio*. Gaius (IV, 51) l'admet pour les actions *incerti*; mais la règle n'est pas générale, car la *taxatio* manque dans l'action *depositi*. Il est très vraisemblable que la *taxatio* existait dans les actions de bonne foi qui ne tendaient pas à une restitution (Diocl., *C*., IV, 49, 4). Cf. Lenel, I, 174.

(4) Cette clause figure dans les actions *injuriarum*, *sepulcri violati*, *de effusis et dejectis*, *de feris*, *si judex litem suam fecerit* (Voigt, *J. N.*, III, 965; Lenel, *index*). Elle devait également figurer dans les actions *rei uxoriæ* et *funeraria*, soit expressément, soit par référence à l'*intentio*. Toutes ces actions présentent un caractère commun qui explique la liberté d'appréciation laissée au juge : elles sanctionnent des prétentions qui, dans leur principe et dans leur cause, sinon dans leur objet, ont un caractère plutôt moral que pécuniaire. On a outre parfois que ces actions sont intransmissibles et survivent à la *capitis deminutio*, mais ces deux caractères, certains pour plusieurs de ces actions, ne le sont pas pour toutes : l'action *funeraria*, par exemple, est perpétuelle ; elle se donne aux héritiers et contre eux (Ulp., *D*., XI, 7, 31, 2). Il faut donc se garder en cette matière d'attribuer aux Romains des vues trop systématiques. — On a cependant soutenu que ces actions furent toutes, à l'origine, pénales, prétoriennes et *in factum* (P. Thomas, *N. R. H.*, XXV, 541) : nous ne croyons pas que la preuve ait été faite pour les actions *rei uxoriæ* et *funeraria*. Si la première avait pour base l'*injuria* causée à la femme par un divorce injuste, elle devrait être écartée lorsque la répudiation a eu une juste cause. Or, il n'y a pas trace d'une pareille distinction : le mari est tenu de l'action *rei uxoriæ* même si la femme a été répudiée *propter mores*. L'action *funeraria* ne suppose pas davantage un délit de l'héritier qui aurait eu tort de ne pas enterrer le *de cujus* : elle se donne même contre l'héritier absent au moment du décès (Ulp., *D*., XI, 7, 14) et à qui l'on ne saurait rien reprocher; elle est refusée à celui qui a agi *pietatis*

(double, triple, quadruple) de la valeur vénale de la chose : c'était un moyen très usité à l'époque antique pour remédier à l'insuffisance de ce mode d'estimation (1).

5. Formule arbitraire. — L'alternative imposée au juge par la *condemnatio* est modifiée lorsque la demande a pour objet une restitution ou une exhibition et que le Préteur délivre une formule arbitraire. Le juge ne peut condamner aussitôt qu'il reconnaît le mérite de la demande : il doit au préalable inviter le défendeur à donner satisfaction au demandeur. Si le défendeur obéit, il sera absous; s'il résiste, il sera condamné.

L'existence de la formule arbitraire à l'époque classique est certaine pour les interdits restitutoires et exhibitoires (2). Elle est vraisemblable pour les actions réelles, civiles ou prétoriennes (3), à formule pétitoire (4); pour les actions personnelles *ad exhibendum*, *aquæ pluviæ arcendæ*, Fabienne, Calvisienne (5), Paulienne.

L'absence de renseignements précis vient de ce que les compilateurs ont supprimé au Digeste la mention de la formule arbitraire. Ils n'ont laissé subsister que l'invitation à restituer ou exhiber adressée au défendeur. Ils ont d'ailleurs obscurci la notion de l'*arbitrium judicis* en réunissant dans une même catégorie des actions où cet *arbitrium* s'exerce d'une manière très différente (action *de eo quod certo loco*), ou même fait presque toujours défaut (actions noxales) (6); puis en autorisant la restitution spontanée jusqu'au jugement dans certaines actions où le défaut de restitution était à l'époque classique une condition d'exercice de l'action (7) : actions *quod metus causa*, *rerum amotarum*, *de dolo*,

causa ou qui n'a pas eu la volonté de se faire rembourser. Cette double restriction serait inexplicable si l'action avait son fondement dans un délit de l'héritier. Nos deux actions ne sont pas non plus traitées comme des actions *in factum*. On a prétendu que le défendeur doit être condamné, même si cela est contraire à la bonne foi; que le juge a moins de pouvoir que dans une action de bonne foi. Il suffit, pour se convaincre du contraire, de lire le texte cité p. 185, 2 et Ulpien (*D.*, XI, 7, 14. 10 et 13) : *Nonne æquum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi.* On doit aussi remarquer que, d'après Gaius (*D.*, IV, 5, 8). l'action *de dote (rei uxoriæ)* est *in bonum et æquum concepta*, ce qui, chez lui (IV, 45-46), désigne l'*intentio*. Ces textes prouvent que, dans nos deux actions, le juge a toute liberté pour apprécier *ex bono et æquo* non seulement le taux de la condamnation, mais aussi le mérite de la demande (Lenel, II, 23). En cela elles diffèrent des autres actions *in bonum et æquum* où la clause ne figure que dans la *condemnatio* (cf. Karlowa, II, 1333; P. Thomas, *l. c.*, 549).

(1) Il ne faut pas confondre ces actions avec celles qui croissent au double *adversus infitiantem* : la peine du double est ici une survivance de la *manus injectio judicati*. *Nov.*, 18, c. 8. Cf. p. 842, 8.

(2) Gaius, IV, 163 : *Si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria, et judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat nec exhibeat, quanti ea res est condemnatur.* Cf. May, *Mélanges Girard*, II, 157.

(3) *Inst.*, IV, 6, 31 citent seulement les actions prétoriennes. Ils ont omis les actions civiles, sans doute parce qu'elles étaient désignées par l'expression « formule pétitoire ».

(4) Dans ces actions, il fallait, pour obtenir la formule arbitraire, que le demandeur renonçât à l'action de la loi.

(5) Ulp., *D.*, XXXVIII, 5, 1, 12.

(6) Seule, l'action noxale d'injures a pour objet *arbitratu tuo servum verberandum exhibere* (p. 593, 2).

(7) Ulp., *D.*, IV, 2, 14, 1 ; XXXIX, 4. 1 pr.; XXV, 2, 8, 1.

action contre le publicain qui s'est emparé d'une chose par violence ou a exigé une taxe contrairement à la loi, action donnée en cas d'aliénation *judicii mutandi causa*.

La réunion de ces actions dans une même classe est l'œuvre des compilateurs (1). Ils leur ont donné le nom d'*actions arbitraires* (2), qui était réservé par les classiques à l'action *de eo quod certo loco* (3).

En somme, dans les actions à formule arbitraire, comme dans les actions de bonne foi, le juge a un pouvoir étendu ; mais ce pouvoir, fondé sur une clause relative à la *condemnatio*, consiste uniquement à déterminer la satisfaction à fournir au demandeur. Dans l'action de bonne foi au contraire, le pouvoir du juge, fondé sur l'*intentio*, lui permet d'apprécier librement le mérite de la demande. Il est vraisemblable qu'il lui permettait aussi d'imposer au défendeur une satisfaction et de l'absoudre lorsqu'elle était fournie : la satisfaction donnée sur l'invitation du juge ne devait pas avoir moins d'effet que celle qui était spontanée (4).

6. Bénéfice de compétence. — Sous ce nom, les auteurs modernes désignent une clause restrictive de la *condemnatio* (5) : elle est insérée dans la formule, *cognita causa*, en faveur de certains débiteurs. Le juge n'est autorisé à les condamner que dans la mesure de leurs facultés : *in quantum facere possunt* (6). Grâce à ce bénéfice, ils échappent aux conséquences ordinaires de l'insolvabilité. Cette faveur est accordée par l'Édit, par les empereurs ou par la jurisprudence : aux débiteurs qui ont droit à des égards de la part du créancier (ascendant, beau-père, patron, conjoint, associé, donateur, militaire), à certaines personnes qui sont sans ressources (débiteur dont les biens ont été vendus depuis moins d'un an, ou qui a fait cession de biens ; fils de famille devenu *sui juris*, mais qui a été émancipé, exhérédé, ou qui s'est abstenu (7). Le bénéfice de compétence est personnel : il ne peut être invoqué par les héritiers ni par les cautions (8). — L'actif du défendeur s'apprécie au jour du jugement et non au jour de la poursuite. On ne tient pas compte du passif : la préférence est au premier

(1) Cf. Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium judicis*, I, 1913.

(2) *Inst.*, IV, 6, 31 : *Quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus.*

(3) Cf. Lenel, I, 283. L'expression action arbitraire est employée 13 fois au Digeste : 10 fois elle s'applique à l'action de *eo q. c. l.* qui est une action personnelle de droit strict. Deux textes relatifs l'un à cette action (*D.*, XIII, 4, 4, 1), l'autre à l'action *q. met. c.* (*D.*, IV, 2, 14, 4) ont été interpolés (cf. May, *op. cit.*, 161, 8). Il en est de même de *D.*, XXII, 1, 3, 1 où l'on désigne les actions de droit strict en disant qu'elles ne sont ni *arbitraria*, ni *bonae fidei*. Cf. Biondi, 16.

(4) Gaius, IV, 114. Cf. May, *op. cit.*, 165.

(5) Divers textes (Paul, *D.*, XXIV, 3, 17 ; XLIV, 1, 7 pr. ; Tryph., XLVI, 9, 33) qualifient ce bénéfice « exception » ; mais cette exception n'est pas, comme d'ordinaire, une condition négative de l'*intentio* : elle porte sur la *condemnatio* (Pomp., *D.*, XLII, 1, 22, 1 ; 24 pr. ; Paul, *eod.*, 23). Elle n'a point pour effet de limiter l'étendue du droit déduit en justice, car le juge oblige le défendeur à promettre de payer l'excédent lorsqu'il le pourra (Ulp., *D.*, XVII, 2, 63, 4).

(6) Réserve faite pour le cas de dol : *Quidve dolo malo fecit quominus possit.* Cette réserve, introduite en matière de société, a été généralisée (Ulp., 63 pr., 7).

(7) Ulp., *D.*, XLII, 1, 16-18 ; Pius, ap. Mod., *eod.*, 20 ; Proc., Nerva, ap. Paul, *D.*, XXIV, 3, 17 pr., 1 ; Diocl., *C.*, VII, 75, 6 ; Ulp., *D.*, XLII, 3, 4 pr. Cf. p. 391, 3.

(8) Paul, *D.*, XLII, 1, 25 ; XLIV, 1, 7 pr.

occupant. Cette règle souffre exception pour le donateur, par application de l'adage *Nemo liberalis nisi liberatus* (1).

Si favorable qu'il fût au débiteur, le bénéfice de compétence le laissait sans ressources. Une interprétation bienveillante a permis d'écarter ce résultat pour le donateur (2) et pour le débiteur qui a fait cession de biens (3). L'un ou l'autre ne peut être poursuivi à nouveau tant qu'il n'a qu'une fortune modeste; on veut qu'il ait de quoi vivre.

Justinien a étendu cette faveur à tous les débiteurs qui jouissent du bénéfice de compétence (4). Cette décision fait honneur aux sentiments d'humanité du législateur bien plus qu'à son sens pratique, car l'actif se calculant, sauf quelques exceptions, sans déduire les dettes, ce qu'on laissera au débiteur poursuivi par un premier créancier sera saisi par le créancier qui se présentera ensuite. Pour que la règle fût efficace, il faudrait que le débiteur n'eût qu'un créancier ou qu'il pût opposer à tous le bénéfice de compétence.

§ 3. **Erreurs dans la formule.** — La procédure formulaire est à plusieurs égards moins périlleuse que celle des actions de la loi : on n'exige ni que les prétentions des parties soient exprimées en termes sacramentels, ni même toujours que l'étendue en soit précisée; on peut réclamer *quidquid dare facere oportet*. Il y a cependant quelques cas où, par une survivance de la procédure antique, l'erreur commise dans la formule entraîne des conséquences plus ou moins graves. L'erreur peut porter sur la *demonstratio*, l'*intentio* ou la *condemnatio*.

L'erreur dans la *demonstratio* oblige à recommencer le procès. Le fait, allégué comme cause du droit, est indivisible : il est vrai ou faux. S'il est faux, c'est comme si l'on avait réclamé une chose pour une autre : il n'y a rien de fait; le droit reste intact.

Il n'en est pas de même lorsque l'erreur est dans l'*intentio* et que la formule est *in jus* et *certa*. L'*intentio* contient ici l'affirmation d'un droit; or, un droit est divisible; celui qui réclame plus ou moins que sa créance ne demande pas *aliud pro alio* : il déduit son droit en justice, et il l'épuise totalement ou en partie. Si l'erreur est en plus (5), non seulement il perd son procès, car le juge a l'ordre d'absoudre le défendeur si l'*intentio* n'est pas vérifiée, mais encore il ne peut le renou-

(1) Paul, *D.*, XLII, 1, 49; 19, 1. La déduction des dettes est également admise pour le fils de famille, mais seulement des dettes privilégiées, et de celles qu'il a contractées depuis qu'il est devenu *sui juris* (Ulp., *D.*, XIV, 5, 3).

(2) Pomp., *D.*, XLII, 1, 30. Cette règle a été introduite par Antonin le Pieux au profit du donateur qui a promis un *opus* à une cité et a commencé les travaux : le promettant devenu pauvre n'est tenu que jusqu'au cinquième de son patrimoine. S'il meurt et que ses biens soient insuffisants pour exécuter sa libéralité, ses enfants sont tenus jusqu'au dixième, ses héritiers externes jusqu'au cinquième de ses biens (p. 385, 3).

(3) Ulp., *D.*, XLII, 3, 6.

(4) Cela résulte de l'insertion au titre de *regulis juris* d'un texte de Paul relatif aux donateurs (*D.*, L, 17, 173 pr.).

(5) L'exagération de la demande peut avoir lieu de quatre manières : *re*, lorsqu'on réclame 10 à qui ne doit que 5; *tempore*, lorsqu'on poursuit un débiteur avant l'échéance du terme : le créancier le prive de l'*interusurium*; c'est comme s'il lui demandait plus qu'il n'est dû; il en est autrement du créancier conditionnel; *loco*, lorsqu'on poursuit le débiteur dans un lieu autre que celui qui a été convenu pour le payement; *causa*, lorsqu'on réclame un objet déterminé au débiteur tenu d'une obligation de genre ou alternative, en le privant du choix qui lui appartient.

veler en rectifiant sa demande, car on lui opposerait l'exception *rei judicatæ vel in judicium deductæ*. Si l'erreur est en moins, il obtient gain de cause, et peut ultérieurement exiger le surplus sous la réserve de l'exception *litis dividuæ*. Cette différence entre l'effet de l'erreur dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio* remonte au temps des actions de la loi : on la retrouve dans l'action *sacramento* et dans les *actus legitimi* (1).

Le droit classique a essayé de réagir contre la logique étroite des *Veteres* : il n'exige plus que l'on recommence le procès en cas de *falsa demonstratio* si l'erreur est en moins ; si elle est en plus, certains jurisconsultes assimilent l'erreur dans la *demonstratio* à l'erreur dans l'*intentio* lorsque l'action est infamante : l'exagération est punie par la perte du procès. C'est une idée nouvelle qui se fait jour : au lieu d'être la conséquence logique de la rédaction de la formule, la perte du procès pour *plus petitio* est traitée comme une peine infligée au plaideur téméraire. Enfin Gaius applique la *plus petitio* à l'action de dépôt *in factum*. Seules les actions *in jus* à *intentio incerta* continuent à échapper à l'effet de la *plus petitio*, ou pour mieux dire, il ne se conçoit même pas à cause du caractère imprécis de la demande : *quidquid dare facere oportet* (2). Si le droit classique a maintenu et même étendu la déchéance résultant de la *plus petitio*, c'est qu'en général, il dépendait du demandeur de l'éviter : avec un peu d'attention, il n'eût pas perdu son procès. Dans quelques cas seulement, où il y aurait eu excès de rigueur à appliquer cette déchéance, on vint au secours du demandeur soit par voie d'*in integrum restitutio*, soit en modifiant la formule (3).

L'erreur dans la *condemnatio* entraîne de graves conséquences : que la *condemnatio* soit *certa* ou *incerta*, si elle est trop forte, le juge n'a pas le pouvoir de la modérer ; si elle est trop faible, le demandeur n'obtient que la somme fixée par le magistrat et perd son droit pour le surplus. Dans l'un et l'autre cas, le résultat était contraire à l'équité. Le Préteur l'a corrigé, en faveur du défendeur : il lui accorde l'*in integrum restitutio*. Il n'a pas jugé utile de s'occuper du demandeur qui n'a

(1) Gaius, IV, 53, 56, 58. Au temps des actions de la loi, s'il y a erreur dans la *vindicatio* de l'action par serment, le juge dira que le *sacramentum* est *injustum*, et le procès sera perdu. Au contraire, s'il y a erreur dans l'acceptilation *per æs et libram*, qui a lieu en forme de *demonstratio*, l'acte est nul, mais on peut le recommencer (Paul, *D.*, XLVI, 4, 14).

(2) Gaius, IV, 59, 60 ; 54. Certains auteurs font une réserve pour la *plus petitio tempore*, mais elle est contraire au texte de Gaius. Cf. Accarias, II, 980, 2.

(3) Cette modification a lieu dans deux cas : lorsqu'on veut réclamer une part de propriété dont on ignore la quotité, on exerce une *vindicatio incertæ partis* (Gaius, IV, 54) ; lorsque les besoins du commerce déterminent un créancier à réclamer son payement dans un lieu autre que celui qui a été convenu, on lui permet d'agir *adjecto loco* : grâce à cette addition, le juge d'une action de droit strict à *intentio certa* est autorisé à accueillir la demande en tenant compte de l'intérêt du défendeur à payer au lieu fixé. L'action *de eo quod certo loco* a reçu depuis Labéon une portée plus large (Ulp., *D.*, XIII, 4, 2, 8). Elle se donne dans tous les cas où pour une cause quelconque la poursuite est faite dans un lieu autre que celui qui a été convenu : le juge est autorisé à tenir compte, suivant les cas, de l'intérêt de l'une ou l'autre des parties (*quod alterutrius interfuit*). — Cette action est donc arbitraire dans un sens spécial bien que Justinien la classe dans la catégorie des actions à formule arbitraire : le juge était libre de faire l'estimation d'après l'intérêt du défendeur ou du demandeur ; il pouvait condamner à la somme fixée par le contrat, à une somme inférieure ou supérieure. Il n'invitait pas le défendeur à donner satisfaction au demandeur.

qu'à s'en prendre à lui-même si une erreur s'est glissée dans la formule.

§ 4. **Parties accessoires de la formule.** — 1. *Præscriptio.* — La *præscriptio* tire son nom de la place qu'elle occupe dans la formule : elle est écrite en tête de l'instruction donnée au juge. Elle est insérée dans l'intérêt soit du demandeur, soit du défendeur.

La *præscriptio pro actore* sert : *a)* à restreindre la portée d'un droit déduit en justice et à ménager au demandeur la faculté d'agir ultérieurement pour le surplus. Le créancier d'une rente viagère, par exemple, en réclamant une annuité échue, aura soin de se réserver le droit de réclamer les annuités non encore exigibles (1); *b)* à déterminer en quelle qualité le demandeur agit en justice (contrat conclu avec son fils ou son esclave), ou poursuit le défendeur, à titre de caution (2).

La *præscriptio pro reo* est une fin de non-recevoir opposée par le défendeur lorsque l'action intentée contre lui tend à préjuger une question plus importante : par exemple, une question d'hérédité peut être préjugée lorsqu'on revendique un objet particulier comme héritier du propriétaire. Au IIe siècle, la *præscriptio pro reo* n'est plus usitée : elle se confond avec l'exception (3). L'assimilation ne fut pas cependant absolue : il y eut toujours des exceptions préjudicielles dont l'examen s'imposa au juge avant tout débat sur le fond : *præscriptio fori*, *præjudicium de hereditate* (4).

2. Exceptions. — A l'origine, le défendeur qui voulait écarter une demande fondée en droit, mais contraire à l'équité, n'avait d'autre ressource que de prier le magistrat de ne pas l'accueillir *(actionem non dare)* (5). Le Préteur lui-même dans son Edit fit connaître divers cas où il refuserait d'autoriser une action en justice (6).

Lorsque l'action intentée était susceptible de préjuger une question plus importante, les parties pouvaient grâce à une *præscriptio pro reo* restreindre l'objet du débat à l'examen de la question préjudicielle (7):

(1) Gaius, IV, 131 : *Ea res agatur cujus rei dies fuit.*

(2) Gaius. IV, 134, 135, 137.

(3) La *præscriptio pro reo* paraît être la forme primitive de l'exception. La structure de la formule rend vraisemblable cette conjecture : la concordance de la *condemnatio* et de l'*intentio* n'est possible que si aucune question incidente ne vient modifier le *si paret, condemnato, si non paret, absolvito*. Or, la *præscriptio*, qui soulève une question préalable, se concilie bien avec la question principale soumise au juge; l'exception, au contraire, qui s'intercale après l'*intentio*, appellerait un *quanquam paret... absolvito* et non *si paret*. L'usage des exceptions est donc d'une époque relativement récente, où les parties principales de la formule étaient déjà conçues en termes traditionnels. Il s'est introduit, sans doute, lorsque les moyens de défense autorisés par le Préteur se sont multipliés et ont soulevé des questions dont la solution exigeait l'examen du fond du débat. Keller, *Proz.*, 193; Lenel, *Exceptionen*, 44; Wlassak, *Sav. Z.*, XXXIII, 139,

(4) Ulp.. *D.*, II, 8, 7 pr.; Jul.. *D.*, XLIV, 1, 13. Cf. Lenel, I, 150.

(5) L'édit du préteur Rutilius (Ulp.. *D.*, XXXVIII, 2, 11) déclare que, pour les actes conclus entre un patron et son affranchi, il ne donnera aucune action autre que l'action *operarum* et l'action de société. Ce Rutilius est, de l'avis général, le consul de 649 qui fut préteur au plus tard en 636. La *denegatio actionis* était, à la même époque, usitée pour les actions de la loi (p. 711, 2).

(6) Serment *in jure* (p. 874), jeu de hasard (p. 533, 7), promesse *onerandæ libertatis causa* (p. 103, 8). Cf. la rubrique de l'édit *quarum rerum actio non datur*. *D.*, XLIV, 5.

(7) Sur le sens de l'expression *ea res agatur*, cf. Wlassak, *Præscriptio und bedingter Prozess* (*Sav. Z.*, 1912, XXXIII, 81-159).

le juge n'avait à apprécier le mérite de la demande que si la *præscriptio* était reconnue inexacte. Ici, comme dans le cas précédent, l'action est exclue lorsque l'allégation du défendeur est admise; mais la décision appartient au juge et non au magistrat.

Ces deux procédés étaient imparfaits : le second n'avait qu'une portée limitée; il est tombé de bonne heure en désuétude. Le premier imposait au magistrat une tâche que la multiplicité des affaires ne lui permettait pas aisément de remplir. L'un et l'autre avaient l'inconvénient de faire envisager l'allégation du défendeur d'une manière unilatérale, sans égard à l'ensemble des rapports qui formaient l'objet du procès. Cet inconvénient était atténué par ce fait que la décision du Préteur ou du juge ne portait pas atteinte au fond du droit : le demandeur conservait la faculté de renouveler son action qui en réalité n'avait pas été déduite en justice. Mais c'était retarder la solution du litige. La pratique imagina un procédé nouveau qui prit bientôt un grand développement : l'exception (1).

L'exception est une clause insérée dans la formule après l'*intentio* et qui confère au juge le pouvoir d'examiner la prétention du défendeur en même temps que celle du demandeur. La condamnation qu'il est autorisé à prononcer est subordonnée à une double condition : l'une positive dans l'intérêt du demandeur, l'autre négative dans l'intérêt du défendeur. Le juge doit constater que la prétention du demandeur est fondée et que l'allégation du défendeur ne l'est pas. Sinon l'absolution s'impose (2).

Le nouveau procédé est une atteinte au principe de l'unité de question posée au juge ; mais il a des avantages qui en ont assuré le succès. Il allège la tâche du magistrat : la plupart des cas où il y avait lieu à *denegatio actionis* sont maintenant soumis au juge sous forme d'exception (3). Il garantit aux plaideurs une plus juste appréciation de leurs rapports respectifs. L'administration de la justice y gagne également : le demandeur est averti que, si l'exception est vérifiée, il perd son procès et ne peut plus renouveler son action (4).

En dehors des exceptions données dans les cas où il y avait lieu à *denegatio actionis*, il y en a un certain nombre qui ont été proposées dans l'Édit : telles sont les exceptions *cognitoria, procuratoria* (5). La plupart ont pour but d'atténuer la rigueur du droit civil (6) (exceptions *pacti, quod metus causa*, etc.); quelques-unes sont inspirées par une

(1) Au temps de Cicéron, ce mot n'avait pas encore de sens technique : il désigne une réserve faite par le demandeur (*De or.*, I, 168) ou par le défendeur (*ad Att.*, VI, 1, 15; *de inv.*, II, 59), c'est-à-dire une *præscriptio*. Cf. Wlassak, 144.

(2) Gaius, IV, 116, 119 : *exceptio... conditionalem facit condemnationem*.

(3) Lors de la rédaction de l'Édit perpétuel, il en était ainsi pour les trois cas cités, p. 862, 6. De même on donne une exception en vertu des sc. Velléien, Trébellien, Macédonien qui avaient seulement invité le magistrat à refuser l'action. Ulp., *D.*, XIV, 6, 9, 2; XVI, 1, 2, 1; XXXVI, 1, 1.

(4) Celui-là même qui ne tient pas compte d'une exception dilatoire, *rem perdit*. Gaius, IV, 123, 124.

(5) *Vat. fr.*, 322, 323.

(6) Même l'exception *justi dominii* (p. 305), car c'est le Préteur qui protège le propriétaire quiritaire contre le possesseur *in causa usucapiendi*. Cf. Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 55.

raison d'ordre public (exception de chose jugée, de serment). Toutes les exceptions ne figurent pas dans l'Édit : il en est qui sont comprises dans une clause générale *si quid contra legem senatusconsultum factum esse dicetur* (1). D'autres sont accordées après enquête dans les cas où le Préteur le juge nécessaire (2).

a) Distinction des moyens de défense ipso jure *et des exceptions.* — L'exception est un moyen de défense, qui sert à exclure une demande ou une condamnation fondée en droit, mais contraire à l'équité ou à l'ordre public (3). En cela elle se distingue des moyens de défense qui consistent à nier le bien fondé de la prétention du demandeur. Le défendeur qui a recours à une exception se contente d'invoquer un fait (dol, violence, pacte de remise, etc.) que le Préteur a jugé suffisant pour paralyser le droit d'action. Le débiteur, au contraire, à qui l'on réclame une somme qu'il a payée, n'a pas besoin d'une exception : il n'a qu'à nier l'existence de la dette en prouvant qu'elle a été éteinte par le payement.

La distinction de ces deux sortes de moyens de défense (négation de la demande, exception) est étrangère à la procédure des actions de la loi ; elle apparaît sous la procédure formulaire et présente dès lors un intérêt pratique : 1° La négation de la demande peut se produire en tout état de cause jusqu'au jugement. L'exception doit en général être insérée dans la formule à la requête du défendeur ; le succès de la demande est subordonné à la condition (4) que l'exception ne soit pas justifiée : *si non convenerit ne eam pecuniam peteret* (5) ; mais si le défendeur prouve la réalité de son exception, il est absous (6). Le juge, lié par l'instruction qu'il reçoit du Préteur, ne peut connaître d'une exception non insérée dans la formule, à moins que l'action ne soit de bonne foi (7). Le défendeur, qui a omis d'invoquer l'exception devant le magistrat, n'a que la ressource de se faire restituer contre sa négligence, sinon il est condamné. — 2° Le droit, dont l'existence est niée, ne peut, si son extinction est prouvée, jamais revivre; on peut seulement

(1) Gaius, *D.*, XLIV, 1, 3.
(2) Gaius. IV, 118. Ulp., *D.*, XIX, 5, 21, les appelle exceptions *utiles*.
(3) Ulp., *D.*, XLIV, 1, 2 pr. L'exclusion de l'*intentio* est le cas le plus fréquent. L'exclusion de la *condemnatio* a lieu lorsque, par exemple, le défendeur à la revendication, tout en reconnaissant le droit du demandeur, oppose une exception de dol pour se faire tenir compte de ses impenses.
(4) *Si non*. On trouve aussi : *Extra quam si* (Lab., ap. Ulp., *D.*, XLIII, 12, 1, 16) ; *præterquam si* (Gaius, *D.*, II, 2, 4) ; *quod non* (*D.*, XLIII, 25, 1 pr.).
(5) A moins que le défendeur ne cumule les deux moyens de défense (Marcel., *D.*, XLIV, 1, 9 ; Ulp., *D.*, L, 17, 43 pr.).
(6) Ulp., *D.*. XLIV, 1, 1 : *Reus in exceptione actor est* (*D.*, XXIII, 3, 19). Le défendeur court le même risque que tous les plaideurs : il peut être condamné à tort si le juge refuse de tenir compte de l'exception. Lorsqu'il plaide comme mandataire, il n'a pas de recours contre son mandant pour se faire décharger des conséquences de l'injustice du juge. Ner., *D.*, XLVI, 1, 67 : *Injuriam, quæ tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri æquius est.* La fin du texte est une addition des compilateurs : elle restreint la portée de la décision au cas où le défendeur a été condamné par sa faute ; il n'y a plus *injuria judicis*, comme le dit Neratius.
(7) Gaius, IV, 116-119. Dans les actions de bonne foi, le défendeur est protégé *æquitate ipsius judicii* (Paul, *D.*, X, 3, 14, 1). Par mesure de prudence, il peut être utile de faire insérer une exception dans une formule de bonne foi ; de même dans les autres formules lorsqu'il y a doute sur la nature de la défense invoquée (Pomp., *D.*, XXI, 2, 29, 1 ; Ven., *D.*, VII, 9, 4 ; Ulp., *D.*, IV, 9, 3, 5).

le créer à nouveau. Le droit paralysé par une exception subsiste et peut reprendre son efficacité, si le demandeur écarte l'exception par une réplique. Il conserve toute sa valeur à l'égard des personnes qui ne peuvent invoquer l'exception (1). Il y a là, entre ces deux moyens de défense, une différence qui a survécu à la procédure formulaire ; il en est autrement de la suivante. — 3° Le juge qui acquiert la conviction de l'inexistence de la dette, doit absoudre le défendeur, même si celui-ci n'a pas invoqué de moyen de défense. Il ne peut appliquer d'office une exception (2).

b) Effets des exceptions. — L'exception, dit Paul, est une condition qui tantôt affranchit le défendeur de la condamnation et tantôt diminue cette condamnation (3). De ces deux effets, le premier découle de la notion de l'exception ; le second paraît en désaccord avec elle : si l'exception est une condition de la demande, le juge ne peut être autorisé à réduire la condamnation ; puis si la demande est fondée en partie, ce serait méconnaître le but de l'exception et consacrer une iniquité que d'absoudre le défendeur. Il y a là une difficulté qui a donné lieu à une vive controverse. Elle doit, croyons-nous, être résolue de la manière suivante : l'exception donne au juge le pouvoir de réduire la condamnation seulement dans les actions à *intentio incerta*. Le demandeur n'ayant pas précisé le montant de sa demande, l'exception ne peut, si elle est vérifiée, entraîner l'absolution du défendeur, mais le juge en tient compte en diminuant la somme représentant l'intérêt pécuniaire du demandeur (4). Dans tout autre cas, l'exception reconnue vraie par le juge, doit entraîner l'absolution du défendeur (5). Cette règle, d'ailleurs abandonnée sous Justinien, n'est inique qu'en apparence : le demandeur doit s'en prendre à lui-même s'il a refusé de tenir compte de l'exception proposée par le défendeur devant le magistrat ; il a eu tort de ne pas réduire sa prétention ou de ne pas diviser sa poursuite (6).

(1) JUL., *D.*, XLVI, 3, 34, 11.

(2) Même l'exception du Sc. Macédonien ou Velléien, qui peut être opposée à l'action *judicati*, après que le défendeur a été condamné. Si la femme qui a intercédé n'invoque pas ici l'exception, il y a, il est vrai, une renonciation tacite ; mais le droit classique ne fournit pas le moyen de l'empêcher.

(3) D., XLIV, 1, 22 pr.

(4) On ne peut pas restreindre la portée du texte au cas du bénéfice de compétence : Paul parle de l'exception en général et non d'une exception en particulier. Cf. APPLETON, *Compensation*, 377. D'après Karlowa (II, 999), l'exception a pour effet de diminuer la condamnation lorsqu'elle se présente sous la forme *qua de re non* ou *quod non*. Cf. l. Rubria, c. 19 ; ULP., *D.*, XLIII, 25, 1 ; XIV, 6, 9 pr.

(5) L'effet absolutoire de l'exception est admis dans des cas où l'on s'attendrait à voir réduire la condamnation (POMP., *D.*, XXXIV, 2, 34, 1 ; PAUL, *D.*, XLVI, 3, 50). Les textes divergents (AFR., *D.*, XVI, 1, 17, 2 ; ULP., *D.*, XL, 5, 45 pr.) ont été interpolés : sous Justinien, l'exagération de la demande (*plus petitio re*) n'entraînant plus la perte du procès, il était logique d'autoriser le juge à réduire la condamnation lorsque l'exception ne visait qu'une partie de la demande.

(6) PAUL, *D.*, II, 14, 27, 5 : *Si enim XX deberes, pepigerim ne X petam, efficeretur per exceptionem doli mihi opponendam, ut tantum reliqua X exigere debeam.* Julien (*D.*, XII, 1, 21) conseille au Préteur de forcer le demandeur à diviser sa demande et à restreindre la poursuite à la portion sur laquelle il n'est pas d'accord avec le défendeur : *Cum ad officium ejus pertineat lites deminuere* (Cf. APPLETON, *Compensation*, 354). Tel est aussi le sens de Ulpien (*D.*, XIV, 6, 9 pr.) : *Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.*

L'effet absolutoire de l'exception vérifiée par le juge peut être écarté si le demandeur a fait insérer dans la formule une réplique. Si, par exemple, après avoir consenti un pacte de remise, le créancier convient avec le débiteur de le tenir pour non avenu, il serait inique d'absoudre le débiteur en vertu du premier pacte, sans s'occuper du second : la réplique donne au juge le pouvoir d'empêcher ce résultat. La réplique peut, en certains cas, être suivie d'une duplique proposée par le défendeur pour en paralyser l'effet; la duplique peut, à son tour, donner lieu à une triplique (1).

c) Division des exceptions. — La principale division est celle des exceptions perpétuelles ou péremptoires, temporaires ou dilatoires (2). Elles sont perpétuelles lorsqu'elles peuvent être invoquées en tout temps; temporaires lorsqu'on ne peut s'en prévaloir que pendant un certain délai.

Les exceptions perpétuelles sont péremptoires, parce qu'elles réduisent à néant le droit qu'elles paralysent; elles le font considérer comme inexistant (3) : celui qui paye sciemment une dette paralysée par une de ces exceptions fait une donation; celui qui la paye par erreur peut répéter l'indû. Sont péremptoires les exceptions de dol, de chose jugée, celles qui sont données en vertu d'une loi ou d'un Sc., etc. Le défendeur qui, par erreur, omet d'invoquer *in jure* une de ces exceptions, peut demander au Préteur l'*in integrum restitutio* pour la faire rétablir dans la formule.

Les exceptions temporaires sont dilatoires parce qu'elles tendent simplement à procurer au défendeur le bénéfice d'un délai : le droit qu'elles paralysent momentanément conserve toute sa valeur. Celui qui néglige de s'en prévaloir *in jure* est dans une situation analogue à celle du débiteur qui renonce au bénéfice d'un terme et paye avant l'échéance; il ne peut se faire restituer contre son omission (4). Ces exceptions peuvent être dilatoires *ex tempore,* comme l'exception résultant d'un pacte de remise temporaire (5), ou *ex persona* comme les exceptions *cognitoriæ* et *procuratoriæ* (6).

(1) Gaius, IV, 126-129; Ulp., *D.*, XLIV, 1, 2, 1. Voir un exemple de réplique p. 305, 3; de duplique, *Vat. fr.*, 259.

(2) *D.*, XLIV, 1, 3. Les autres divisions n'ont qu'une portée restreinte : les exceptions sont *in rem* ou *in personam*, *rei* ou *personæ cohærentes*, suivant qu'elles peuvent être invoquées par toute personne intéressée, ou par une personne déterminée. En général, les exceptions sont *rei cohærentes*; quelques-unes seulement sont personnelles : telle est l'exception de cession de biens, l'exception résultant d'un pacte de remise *in personam*. L'intérêt de cette division se présente dans le cas où il y a pluralité de débiteurs tenus d'une même dette, soit un débiteur principal avec ses cautions, soit des codébiteurs solidaires. Mais on a vu (p. 625) que si les cautions peuvent invoquer l'exception *rei cohærens* née au profit du débiteur principal, la réciproque n'est pas vraie en général.

(3) Paul, *D.*, L, 16, 55 ; 17, 112.

(4) *D.*, III, 3, 57, 1. Au temps de Gaius (IV, 125), la question était discutée.

(5) Gaius (IV, 122) cite encore les exceptions *litis dividuæ* qui obligent celui qui ne réclame qu'une partie de son droit à attendre, pour réclamer le reste, la fin de la préture; *rei residuæ*, qui obligent celui qui a plusieurs actions contre la même personne à les exercer simultanément. S'il n'en a exercé qu'une, il ne pourra intenter les autres que devant le Préteur subséquent.

(6) Le défendeur objecte à celui qui plaide au nom d'autrui qu'il n'est pas capable de postuler pour autrui, ou que celui qu'il représente est incapable de constituer

Les exceptions sont en général proposées dans l'Édit. On appelle *in factum* (1) l'exception qui est accordée soit en dehors des prévisions de l'Édit, soit par extension ou à la place d'une exception édictale (2).

d) Exceptio doli generalis (3). — Pour donner à l'équité une satisfaction plus complète, la jurisprudence n'a pas jugé suffisantes les exceptions proposées dans l'Édit ou accordées par le Préteur suivant les circonstances : ces exceptions avaient l'inconvénient de restreindre les pouvoirs du juge qui ne pouvait tenir compte que de certains faits déterminés. Au lieu de créer de nouvelles exceptions, il a paru préférable de simplifier la tâche du magistrat en généralisant l'application de l'exception de dol. Cette exception peut être invoquée toutes les fois que l'action est exercée à tort (4), alors même qu'on ne pourrait reprocher au demandeur aucune des manœuvres constitutives du dol (5). Cette idée apparaît dans quelques cas particuliers dès le temps d'Auguste (6), mais elle n'a été formulée d'une manière générale qu'au IIIe siècle. — L'extension de l'application de l'exception de dol a eu pour effet d'élargir les pouvoirs du juge de l'action de bonne foi : *exceptio doli bonæ fidei judiciis inest* (7).

§ 5. **La procédure *in jure*.** — Dans l'ancien droit, tout procès exige un débat contradictoire, et la présence des parties. Le droit classique a maintenu la première partie de la règle, atténué la rigueur de la se-

un *cognitor* ou un *procurator*. Si cette exception est justifiée, elle procurera indirectement un délai au défendeur : ce sera le temps nécessaire au demandeur pour trouver un autre représentant ou pour comparaître en personne.

(1) Dans un sens large, on qualifie *in factum* l'exception de pacte, par exemple, quand on l'oppose à l'exception de dol (ULP., *D.*, XLIV, 4, 2, 4-5).

(2) Telle est l'exception donnée par Alfenus par extension de l'exception *redhibitionis* spéciale à l'*argentarius* (*D.*, XLIV, 4, 14.); l'exception, donnée à la place de l'exception de dol, contre les personnes à qui le défendeur doit le respect (ULP., XLIV, 4, 4, 16). Les exceptions *in factum* restreignent les pouvoirs du juge à l'examen d'un fait déterminé : il n'a pas, comme dans l'exception de dol, à examiner tous les faits rentrant dans le dol, ou comme dans l'exception de la loi Cincia, à rechercher si les conditions requises par la loi sont réunies. L'usage des exceptions *in factum* est très ancien ; on en trouve des exemples au temps d'Alfenus (*l. c.*) et de Labéon (XIII, 5, 27). Voir la liste de ces exceptions dans H. KRUEGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, 15-27.

(3) La formule de cette exception dans l'édit perpétuel vise le passé et le présent : *Si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat* (GAIUS, IV, 119).

(4) JUL., *D.*, IX, 2, 47. L'exception de dol pourrait-elle être donnée à la place d'une exception fondée sur l'ordre public? On l'a contesté ; mais le texte cité (MARCEL., in JUL., *D.*, L, 17, 66) n'a pas le sens qu'on lui prête : il suffit pour s'en convaincre de le rapprocher, de *Vat. fr.*, 266. D'après Marcellus, on cesse d'être débiteur lorsqu'on est protégé par une exception donnée en vertu de la loi (Cincia) *nec ab æquitate naturali abhorrens*. Ces derniers mots contiennent une réserve : le débiteur reste tenu si, dans un cas particulier, l'exception est contraire à l'équité, c'est-à-dire si le donateur est mort sans avoir changé d'intention. Ulpien dit, en effet, que, dans ce cas, l'héritier sera repoussé par la réplique de dol.

(5) Cette double fonction de l'exception de dol est indiquée par ULP., *D.*, XLV, 1, 36. Conséquence : l'exception *doli generalis* peut être opposée à un fou (HERM., *D.*, XLIV, 4, 16).

(6) LAB., ap. ULP., *D.*, XLIV, 4, 4, 15. De ce texte, il ressort que l'usage de la *clausula doli* a contribué à l'extension de l'exception de dol.

(7) P. 392, 10. Mais l'exception de dol opposée à une action de droit strict ne transforme pas cette action en action de bonne foi. L'opinion contraire, qu'on a cru pouvoir appuyer sur un texte interpolé (p. 303, 7), n'est pas exacte. L'action de bonne foi dont il question n'est pas la revendication, c'est l'action de fiducie. Cf. APPLETON, *Compensation*, 328.

conde : il n'y a pas de procédure par défaut, mais il est permis de se faire représenter.

1. *Actionis editio.* — L'*actionis editio* est le préliminaire indispensable de tout procès : elle consiste à notifier à son adversaire l'action qu'on se propose d'intenter contre lui et les titres qu'on doit invoquer à l'appui (1). C'est un acte extrajudiciaire imposé par le Préteur : il lui a paru équitable d'informer le futur défendeur de la poursuite qui le menace, pour qu'il sache s'il doit céder ou résister, et dans ce dernier cas, pour lui permettre de préparer ses moyens de défense (2).

2. Citation en justice. — L'*in jus vocatio* a pour but d'amener le défendeur devant le magistrat. Comme autrefois, elle est faite par le demandeur, mais l'arrestation de l'*in jus vocatus* en cas de refus ou de retard, l'emploi de la force en cas de fraude ou de fuite, ne sont plus guère admis qu'à l'égard des gens dont on se défie (3). Ils ne peuvent se soustraire à l'*in jus vocatio* qu'en fournissant un *vindex* qui garantit leur comparution (4).

Le *vindex* promet d'exhiber l'*in jus vocatus* au jour fixé ou de défendre au procès à sa place (5). S'il ne tient pas sa promesse, le Préteur donne contre lui une action *in factum;* elle entraîne une condamnation égale à celle qui aurait été prononcée contre l'*in jus vocatus* s'il avait perdu son procès (6). Le *vindex* n'est plus mentionné sous Justinien; il est remplacé par le fidéjusseur *judicio sistendi causa datus* (7).

La forme antique de l'*in jus vocatio* répugnait aux mœurs plus douces de la fin de la République . le Préteur en interdit l'usage contre diverses classes de personnes (8) ; la comparution du défendeur est assurée par une action pénale, ou, si la citation est faite devant un magistrat mu-

(1) Ulp., *D.*, II, 13, 1 pr.-3. La notification est écrite ou verbale. Le demandeur peut se contenter de conduire son adversaire devant l'album et de lui montrer la formule dont il compte se servir (Lab., *eod.*, 1, 1). Cette *actionis editio* est distincte de celle qui a lieu en présence du magistrat et qui sera renouvelée lors de la *litis contestatio*. Cf. Lenel, I, 68 ; *Sav. Z.*, XV, 385.

(2) On ignore la sanction de cette obligation. On sait toutefois que le Préteur venait au secours de ceux qui étaient excusables en raison de l'âge, du sexe, de la *rusticitas*, ou pour toute autre juste cause (*ibid.*, 1, 5).

(3) Cf. Maria, *le Vindex*, 1895, p. 220. Ed. Cuq, *Dict. Antiq.*, v° Vindex, V, 899.

(4) Le *vindex* doit avoir une fortune en rapport avec la qualité du défendeur (Paul. *D.*, II, 6, 1 ; cf. Maria, 209, 241). Mais celui qui cite en justice un parent ou un patron doit, sous peine d'amende (Gaius, IV, 46), accepter un *vindex* quelconque (Ulp., *D.*, II, 8, 2, 2).

(5) Paul, *D.*, II, 11, 10 pr.

(6) *Quanti ea res erit :* Gaius, *D.*, II, 8, 3 ; 5 pr., C'est une différence avec la peine encourue par le *vindex* de la *manus injectio*. En outre, le Préteur envoie le demandeur en possession des biens de l'*in jus vocatus*. Ulp., *D.*, XLII, 4. 2 pr,

(7) Le *vindex* avait le caractère d'une caution aux yeux des compilateurs. Il n'en était pas ainsi sous le Haut Empire, sans quoi les compilateurs l'auraient appelé *fidejussor* tout court. Puis le préteur n'aurait pas créé une action *in factum* si l'on avait eu l'action *ex stipulatu*. (Lenel, I, 75.) Le nom que lui donnent les compilateurs vient de ce que, dans les pays de civilisation grecque, on employait la forme de la stipulation pour confirmer toute sortes d'actes : la promesse du *vindex* ainsi confirmée (Grenfell, Hunt, *New classical fragments*, 79, de la fin du IIIe siècle ; *P. Berlin*, II, 936, de l'an 426) prit l'apparence d'une fidéjussion. Cf. Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902.

(8) Magistrats, pontifes, juges (sous certaines conditions); fous ; enfants (Ulp., *D.*, II, 4, 2; 4 pr.). D'autres personnes ne peuvent, sous peine d'amende, être citées sans la permission du magistrat (*ibid.*, 4, 1; Gaius, IV, 46; 183).

nicipal, par une amende (1). En pratique, dès le temps de Cicéron, le défendeur promet au demandeur de comparaître au jour fixé. Cet engagement porte le nom de *vadimonium* parce qu'anciennement il avait lieu dans une forme spéciale, mais, depuis la suppression des actions de la loi, il se fait par stipulation et suppose l'accord des parties (2). Ce *vadimonium* conventionnel est distinct de celui qui est imposé au défendeur par le magistrat, lorsque la procédure *in jure* ne pouvant être terminée en un seul jour, l'affaire est renvoyée à une prochaine audience.

3. Faculté d'ester en justice au nom d'autrui. — C'est là une innovation d'un grande importance pratique : l'usage des formules à transposition de personnes a permis de la réaliser. On la caractérise souvent en disant que le droit classique admet, contrairement à l'ancien droit, la représentation en justice. Ce point de vue n'est point rigoureusement exact, car le représentant ne s'efface jamais complètement derrière le représenté : en principe, c'est à son profit ou à sa charge que la condamnation est prononcée (3).

Sont autorisés par la loi ou par l'édit à ester en justice au nom d'autrui (4) : les *cognitores* d'une part, les *procuratores* et les personnes assimilées (*defensores* (5), tuteurs, curateurs, administrateurs des cités (6)) d'autre part. Le *cognitor* est constitué par l'intéressé lui-même, en présence de l'adversaire et en termes exprès (7). Celui qui plaide contre lui a toute sécurité : il n'a pas à craindre de le voir désavouer (8). Le

(1) Gaius, IV, 183; Paul., *D.*, II, 5, 2, 1, où *competens judex* a été interpolé.

(2) Cic., *p. Tull.*, 4, 20; Gaius, IV, 185 : *Promittit... certo die sisti*. On a peu de renseignements sur ce *vadimonium* par suite de l'interpolation des textes. Il n'était plus en usage vers le milieu du IVe siècle. Aur. Victor (*de Cæsar.*, 16, 11) semble dire que Marc-Aurèle l'a remplacé par la *litis denuntiatio* comme mode introductif d'instance, mais des textes postérieurs s'y réfèrent. Ulp., *D.*, XLIV, 2, 5, Paul, *D.*, II, 11, 10, 2; *Collat.*, II, 6, 1. Fliniaux, *Le Vadimonium*, 1908, p. 71; *Dict. Antiq.*, V, 621, cite encore *D.*, II, 5, 3; XLV, 1, 81, mais ces textes de Celsus, bien que rapportés par Ulpien, ne sont guère probants pour l'époque postérieure à Marc-Aurèle. — En Sicile, le *vadimonium* était usité au temps de Cicéron pour la citation à comparaître aux assises (2a in *Verr.*, III, 15; 20; 34; 40; 54).

(3) Dans l'Égypte romaine, la représentation judiciaire a été de bonne heure admise. *P. Oxy.*, 261, 97; 726. Cf. Wenger, *op. cit.*; Wibbel, *Le Cognitor*, 193.

(4) Il ne faut pas les confondre avec les personnes qui ont le droit de postuler pour autrui, c'est-à-dire de plaider sa cause en justice (Ulp., *D.*, III, 1, 1, 2). L'Édit refuse ce droit aux mineurs de 17 ans, aux femmes, aux sourds, aux aveugles et, sauf quelques réserves, aux personnes que l'on tient pour infâmes (p. 109, 6). Cf. Lenel, I, 85-90.

(5) Ce sont ceux qui, avec ou sans mandat (Pomp., *D.*, XLII, 2, 42, 2), défendent en justice au nom d'autrui. Gaius, *D.*, III, 3, 46, 2, Jul., *D.*, V, 1, 74, 2.

(6) Ulp., *D.*, XLVI, 7, 3, 1; III, 4, 3; 7 pr. Pour les corporations, l'*actor* ou *syndicus* a seul qualité pour intenter une action (Gaius, *D.*, III, 4, 1 pr.), mais toute personne est autorisée à les défendre. Si nul ne se présente, on procédera à la saisie et à la vente des biens communs (*ibid.*, 1, 2-3). Cf. p. 119.

(7) Gaius, IV, 83. La présence du *cognitor* n'est pas nécessaire, mais il faut s'assurer de son acceptation : cette condition tacite est admise, la condition expresse ne l'est pas comme dans les *actus legitimi* (*Vat. fr.*, 329). L'analogie avec les *actus legitimi* n'est pas complète : les paroles prononcées (*certa verba*) sont *quasi solemnia* (Gaius, IV, 97), on peut s'exprimer en grec (*Vat. fr.*, 318). L'usage du *cognitor* remonte vraisemblablement au temps des actions de la loi. Il fut d'abord admis pour une raison d'utilité publique au profit du plaideur empêché par l'âge ou par une maladie grave, puis étendu *ex æquo et bono* (Cic., *ad Her.*, II, 13; cf. Ulp., *D.*, IV, 7, 4, 3 : *ob occupationes necessarias*).

(8) Celui qui a constitué le *cognitor* a le droit de le révoquer ou de le remplacer

procurator au contraire intervient avec ou sans mandat : celui contre qui il se présente a le droit d'exiger des garanties (*amplius non peti, ratam rem dominum habiturum*) pour n'être pas exposé à une double poursuite (1), ou pour assurer l'exécution du jugement (*judicatum solvi*). Le *procurator* fut d'abord l'administrateur des biens d'un absent (2); à défaut, une personne quelconque fut admise à prendre la défense d'un absent (3). On fut plus exigeant pour le *procurator ad agendum* (4) : l'Édit détermina les personnes qui pourraient intervenir en cette qualité (5). La condition d'un mandat spécial était habituelle : certains proches parents en furent dispensés (6).

Quelle que soit la personne qui se présente en justice au nom d'autrui, l'action est réputée intentée par l'ayant droit ou contre lui : son nom figure dans l'*intentio* comme sujet actif ou passif du droit, mais la *condemnatio* est au nom du *cognitor* ou du *procurator* (7) : c'est lui qui deviendra créancier ou débiteur en vertu de la *litis contestatio*; c'est à son profit ou à sa charge que la condamnation sera prononcée : l'affaire cessera d'être l'affaire d'autrui pour devenir la sienne propre; il sera *dominus litis* (8). Il est donc manifeste qu'en matière de procès comme en matière de contrats, il n'y a pas de représentation.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, les besoins de la pratique ont suggéré une simplification. Elle a d'abord été admise pour le *cognitor* : régulièrement l'action *judicati* est donnée au *cognitor* ou contre lui, mais il doit restituer à son mandant ce qu'il a touché, ou se faire rembourser ce qu'il a payé : on a jugé plus commode de donner l'action *judicati* au *dominus* ou contre lui. On ne peut pas dire qu'il y ait désormais

s'il n'est pas satisfait de la manière dont il conduit le procès. Le Préteur, après enquête, lui accordera une *translatio judicii* (Ulp., *D.*, III, 3, 17 pr.; *Vat. fr.*, 341).

(1) Jul., *D.*, XLVI, 8, 23. Le droit d'action du *dominus* reste intact; il n'est pas réputé déduit en justice par le fait du *procurator* qu'on désavoue.

(2) La faculté de constituer ce *procurator* a été consacrée par la loi (Hostilia?) au profit de celui *qui in Italia non est* ou qui est absent pour le service de l'Etat (Cic., *p. Cæc.*, 20). Dès la fin du VIe siècle, cet administrateur était autorisé à ester en justice au nom de l'absent : la promesse *amplius non agi* était usitée au temps de Caton (p. 599, 4).

(3) Ulp., *D.*, III, 3, 33, 2 : *Publice utile est absentes a quibuscumque defendi*. Le *defensor*, comme le *procurator*, doit fournir la caution *de rato* (*ib.*, 39, 1).

(4) Ce *procurator* n'était pas autorisé en 687 (Cic., *p. Q. Rosc.*, 18 : *Alteri (litem contestari) nemo potest, nisi qui cognitor est factus*). Il était admis au début du VIIIe siècle (Cic., *Brut.*, 4). Celui qui intente une action au nom d'un absent peut être forcé de défendre l'absent contre toute action dirigée contre lui. Pap., *Vat. fr.*, 330; Ulp., *D.*, III, 3, 33, 4 : *Æquum Prætori visum est*.

(5) On a peu de renseignements sur ce point, parce que bien avant Justinien la question avait été réglée en 382 par *C.*, II, 12, 24. On peut cependant citer comme incapables d'être *procuratores* les femmes, les soldats et les infâmes (Inst., IV, 13, 11; Paul, I, 2, 1). Pour ces derniers, on a discuté la question de savoir s'ils comprennent tous les incapables de postuler pour autrui ou seulement ceux qui sont infâmes d'après l'édit sur les *cognitores* (p. 109; cf. Lenel, I, 106). Mais il est aujourd'hui démontré que la liste de ces derniers est distincte de celle qui figure dans l'édit *de postulando* (*Vat. fr.*, 320; Ulp., *D.*, III, 2, 15; 17). On y trouve les personnes condamnées pour *calumnia* dans un procès civil et celles qui étaient condamnées dans un *judicium publicum* (Ulp., *eod.*, 15; 19; *D.*, XLVIII, 1, 7). Cf. Karlowa, *Z. Rg.*, X, 220; Debray, *De la représentation en justice*, 1892.

(6) Ulp., *D.*, III, 3, 35 pr.; XLVI, 7, 3, 3.

(7) Gaius, IV, 86, 87. Dans l'*intentio* d'une action réelle, le nom du défendeur ne figure jamais.

(8) Macer., *D.*, XLIX, 1, 4, 5.

représentation, et que les effets du jugement se produisent directement en la personne du mandant, car l'action *judicati* n'est donnée au mandant ou contre lui que *cognita causa;* puis il y a un cas où elle ne passe pas du tout au mandant : c'est le cas du *cognitor in rem suam* (1). Ce double résultat serait inexplicable s'il y avait une représentation proprement dite ; il se conçoit au contraire si le Préteur a voulu, pour des raisons d'intérêt pratique, simplifier la procédure, en supposant accomplie la cession de l'action *judicati* au profit ou à l'encontre du mandant. Cette règle, déjà admise au temps de l'édit perpétuel (2), fut étendue au cas du tuteur et du *procurator* dont le mandat était certain, soit qu'il eût été enregistré dans les actes publics en présence du mandant (3), soit qu'il eût été notifié par celui-ci à son adversaire, ou confirmé dans une requête présentée à l'empereur. Ces personnes sont également dispensées de la caution *de rato* (4).

4. Comparution devant le magistrat. — Cette comparution a pour but de faire constater par le magistrat les prétentions contraires des parties, d'organiser d'un commun accord une instance, et d'autoriser la formule (5). La nécessité d'un accord entre les parties pour organiser une instance est une particularité de la procédure romaine : au civil on ne peut rendre un jugement contre un citoyen malgré lui. Il ne suffit donc pas que le demandeur conduise son adversaire *in jure* : il faut qu'il lui fasse connaître, ainsi qu'au magistrat, l'action qu'il veut exercer (2ª *actionis editio*), et le décide à accepter l'instance qui va s'ouvrir. Le magistrat lui fournit d'ailleurs le moyen de vaincre toute résistance et d'obtenir un consentement qui n'est pas spontané : celui qui ne se défend pas *uti oportet* est assimilé au *judicatus* (6). Il en est de même de celui qui ne se conforme pas aux ordres du magistrat ou qui refuse de fournir caution (7). Par exception, dans les actions réelles et dans quelques actions personnelles comme les actions noxales (8), l'*in jus vocatus* est libre de ne pas défendre au procès, à la condition de délaisser la chose ou l'auteur du délit.

Si le défendeur est absent ou se cache frauduleusement, le procès ne

(1) Pap., *Vat. fr.*, 331 ; 317 ; cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 880.

(2) Il y a un édit *de cognitore abdicando vel mutando* (*Vat. fr.*, 341). Il n'y en a pas pour le *procurator* parce qu'à cette époque le jugement rendu n'avait pas d'effets à l'égard du mandant.

(3) *Praesentis procurator pro cognitore placuit haberi* (*Vat. fr.*, 331). L'assimilation n'est pas complète : le *procurator apud acta* du défendeur doit la caution *judicatum solvi* (*ibid.*, 317) ; le *cognitor* en est dispensé : c'est au mandant de la fournir.

(4) Mod., *D.*, III, 3, 65 ; Ulp., *D.*, XLVI, 8, 21. Pius, *C.*, II, 12, 1.

(5) Cette phase de la procédure a été réglée par la loi Julia *judiciaria* ; l'*ordinatio judicii* doit être faite conformément à la loi, au civil comme au criminel. *Inst.*, IV, 18 pr. ; Paul., *D.*, XLVIII, 2, 3 pr., 1.

(6) Loi Rubria, c. 21 ; Ulp., *D.*, L, 17, 52, cf. Jul., *D.*, V, 1, 75.

(7) Cette caution, qui a pour but d'assurer la marche du procès et l'exécution du jugement, est exigée du défendeur à une action réelle. Elle n'est pas imposée en principe au défendeur à une action personnelle, à moins qu'il ne soit d'une solvabilité douteuse, ou qu'il n'intervienne au nom d'autrui, ou que l'action ne soit d'une nature spéciale (*judicati, depensi, de moribus mulieris, judicium fructuarium*) Gaius, IV, 101, 102, 169). Aucune caution n'est exigée du demandeur, à moins qu'il ne joue le rôle de *procurator* (*ibid.*, 98-97) : le *procurator praesentis* et les personnes assimilées en sont dispensés.

(8) Ulp., *D.*, L, 17, 156 pr. ; Pomp., *D.*, IX, 4, 33, cf. XVI, 3, 1, 37.

peut s'engager. C'était un résultat fâcheux : le Préteur l'atténua en autorisant le demandeur à saisir et vendre les biens du défendeur (1), à moins que ce ne fût un pupille ou un absent pour le service de l'État (2).

Les parties, une fois d'accord pour l'organisation d'une instance, demandent au Préteur la formule de renvoi devant un juge. Le choix de la formule, les modifications à introduire dans le modèle proposé dans l'album, les clauses à insérer sur la requête du défendeur donnent lieu à des débats plus ou moins longs. Si le magistrat ne peut se prononcer le jour même, il ajourne l'affaire (3) et invite le défendeur à promettre à son adversaire de revenir à une audience ultérieure (4). Le montant de la promesse est fixé par le demandeur après avoir juré qu'il n'agit pas par chicane; la somme ne peut excéder ni la moitié de la valeur du litige ni 100 000 sesterces (5). Cet engagement a conservé le nom de *vadimonium*, bien qu'il n'y ait plus de *vades* depuis la suppression des actions de la loi (p. 644, 6). Les personnes, qui ne peuvent être citées en justice sans la permission du magistrat, sont dispensées du *vadimonium*, à moins d'un ordre contraire du Préteur (6).

La procédure *in jure* se termine par un décret du Préteur qui refuse ou autorise la formule. Il la refuse soit lorsque la demande n'est pas fondée, soit dans certains cas où elle est fondée, mais où l'équité ou la loi commande de l'écarter. En général, les faits qui donnent lieu à une exception peuvent motiver un refus d'action (7) lorsqu'ils sont établis devant le magistrat, de manière qu'il n'y ait pas de doute possible. Mais dans quelques cas le Préteur déclare dans l'Édit qu'il ne donnera pas d'action.

La marche habituelle de la procédure *in jure* est modifiée dans trois cas : lorsqu'il y a lieu à un interrogatoire; lorsque, avant tout

(1) L'édit existait au temps de Cicéron (*p. Quinct.*, 19, 60).

(2) Paul, *D.*, XLII, 4, 6, 1. Table d'Héraclée, l. 116.

(3) *Dilatio*, *diffindere diem*. Ps. Acr., in Hor., *Sat.*, II, 1, 79; Gell., XIV, 2, 1.

(4) Cette promesse a lieu de quatre manières : simplement; sous caution; sous serment; avec désignation des récupérateurs qui auront à statuer en cas d'inobservation de la promesse *(vadimonium desertum)*; une instance spéciale était dès à présent organisée en vue de cette éventualité. Les détails manquent sur le *vadimonium jurejurando*, mais on trouve quelque chose d'analogue dans la procédure suivie en Egypte sous la domination romaine (*P. Oxy.*, II, 260, de l'an 59). Ce *vadimonium* s'appliquait en cas de renvoi devant un autre tribunal : ici, en effet, le *vad. recuperatoribus suppositis* n'était pas possible, car le magistrat ne pouvait organiser une instance dans un lieu où il n'était pas compétent, et le *vad. cum satisdatione* était peu pratique. D'après le papyrus précité, la promesse par serment était adressée au magistrat et faite *per genium imperatoris* (*Berlin*, 891, de l'an 144) : le parjure constituait un crime de lèse-majesté (*D.*, XII, 2, *P.*, 13, 6), sauf exception (Paul, *D.*, II, 8, 16). Cf. Wenger, *op. cit.*, 61.

(5) L. Rubria, 21 : *Vadimonium Romam promittere*. Loi d'Este, l. 17.

(6) Le *vadimonium* est usité en Italie pour les procès intentés devant les magistrats municipaux. Il y a même une application plus large en cas de renvoi de l'affaire à Rome, parce que le magistrat municipal est incompétent en raison de la nature de l'action ou de la valeur du litige, ou parce que le défendeur, originaire de Rome, demande à être jugé par le Préteur urbain. Gaius, IV, 184-187. Par exception, le *vadimonium* est égal à la valeur du litige pour les actions *judicati* et *depensi*; le taux en est fixé par le Préteur en cas d'injure atroce. Le défendeur qui, par erreur, a promis plus qu'il ne doit, peut opposer une exception (Jul., ap. Ulp., *D.*, II, 11, 4, 5.)

(7) Ulp., *D.*, L, 17, 102, 1 : *Ejus est actionem denegare qui possit et dare.*

débat, le demandeur défère le serment au défendeur; lorsque le défendeur reconnaît devant le magistrat le bien fondé de la demande.

5. *Interrogatio in jure* — D'après l'Édit prétorien, le demandeur a le droit d'interroger son adversaire devant le magistrat : *a)* lorsqu'il le poursuit à titre d'héritier et qu'il ignore s'il a accepté la succession (1); *b)* pour éviter une *plus petitio*, soit en exerçant une action à *intentio certa* contre un héritier institué pour une part dont on ignore la quotité, soit en exigeant la *cautio damni infecti* en raison d'une maison qui menace ruine, lorsqu'on ignore si le défendeur est propriétaire et pour quelle part (2); *c)* lorsque, victime d'un délit commis par un fils de famille ou un esclave, on veut s'assurer que la personne citée en justice est le père ou le maître de l'auteur du délit (3).

Celui qui est interrogé *in jure* est tenu de répondre, sauf à demander un délai pour délibérer (4). Dans tous les cas, il est lié par sa réponse *quasi ex contractu ;* mais cette obligation n'existe que vis-à-vis de celui qui l'a interrogé, les autres ayants droit ne peuvent s'en prévaloir (5). Elle est sanctionnée par une action dite *interrogatoria* (6), dans laquelle le juge doit vérifier, non pas l'exactitude, mais simplement la teneur de la réponse. Si le défendeur a déclaré être héritier alors qu'il ne l'est pas, s'il a dit avoir une part supérieure à celle qui lui revient, il sera condamné comme s'il était héritier ou pour la part qu'il a indiquée (7). Le défendeur peut d'ailleurs opposer à l'action *interrogatoria* les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre l'action primitive (8).

La substitution d'une action à l'autre ne doit pas être préjudiciable au demandeur : si son adversaire ayant déclaré faussement être héritier pour le tout devient insolvable et ne peut exécuter la condamnation, le Préteur lui rendra son action contre l'autre héritier. A l'inverse, si le défendeur a déclaré une part inférieure à la sienne, il est puni de ce mensonge et peut être poursuivi pour le tout (9).

Mêmes décisions dans le cas où l'interrogation porte sur la propriété de l'esclave qui a commis un dommage prévu par la loi Aquilia. Celui qui déclare faussement être propriétaire de l'esclave est tenu *quasi dominus*, et le vrai propriétaire est libéré. Réciproquement, si les copropriétaires de l'esclave nient qu'il leur appartienne, ils sont tenus chacun pour le tout et ne peuvent se libérer par l'abandon noxal (10).

La déclaration fausse n'oblige pas celui qui l'a faite lorsqu'elle est

(1) Ulp., *h. t.*, [XI, 1], 2; Paul., 3.
(2) Callistr., *h. t.*, 1 pr.; Paul., 10; 20, 2.
(3) Gaius, *h. t.*, 5. Cf. Ulp., 7, pour le cas de *pauperies*. L'interrogation n'est pas admise quand on agit *de peculio* : Ulp., 9, 8.
(4) Ulp. *h. t.*, 9, 3, 6 pr ; Gaius, 5. La déclaration faite spontanément *in jure* a le même effet que celle qui a lieu sur interrogation. Ulp., 9 pr.
(5) Ulp., *h. t.*, 4 pr.; 11, 9; Scæv., 22.
(6) Cette action est prétorienne (arg. Ulp., *eod.*, 4) et non civile, comme l'a cru Demelius (*Confessio in jure*, p. 278). La rédaction de l'*intentio* donne lieu à des controverses : il semble probable qu'il n'y avait pas de *præscriptio* mentionnant l'interrogation et la réponse. Cf. Lenel, I, 167; Karlowa, II, 1178.
(7) Ulp., *h. t.*, 11, 1-3.
(8) Paul., *h. t.*, 12, 1 : exception de pacte, de chose jugée, etc.
(9) Jul., *h. t.*, 18 : *rescisso superiore judicio*. Ulp., 11, 3.
(10) Paul., *h. t.*, 8; 20 pr ; Ulp., 17.

juridiquement ou matériellement impossible : par exemple lorsque je déclare être le père d'une personne qui, en raison de son âge, ne peut pas être mon fils ; le maître d'un esclave qui est mort ou au pouvoir de l'ennemi (1). D'autre part, on vient au secours de celui qui sans dol a commis une erreur excusable ; on permet de retirer une réponse qu'on a faite sans fraude avant d'avoir été instruit de son droit (2).

Celui qui refuse de répondre, ou qui se tait, est traité comme un contumax et peut être poursuivi pour le tout, à moins qu'il ne soit, pour la même affaire, engagé dans un procès avec un tiers (3).

L'interrogation peut aussi être faite par le magistrat. Celui qui, en pareil cas, fait une réponse mensongère, est puni pour avoir manqué de respect au magistrat (4).

6. *Jusjurandum in jure*. — L'Édit prétorien autorise en certains cas le demandeur à déférer *in jure* le serment au défendeur. Celui-ci est alors forcé de jurer ou de payer (5). La jurisprudence lui permet de référer le serment (6).

Le serment *in jure* fut admis d'abord dans l'action *certæ pecuniæ* (7), puis dans les actions de constitut (8), *operarum*, noxales, *rerum amotarum*, d'injures (9). Ces actions présentent un trait commun : le défendeur condamné encourt une peine plus ou moins forte (du tiers à la moitié en sus de la dette), ou la privation de la faculté de faire un abandon noxal ; tout au moins elles l'obligent à soutenir un procès peu honorable ou qui entraîne l'infamie.

La délation du serment est une offre de transaction (10) : le demandeur renonce à donner suite au procès si le défendeur jure qu'il ne doit rien ou consent à payer en présence du magistrat. De son côté le défendeur qui accepte évite le risque de la *sponsio tertiæ* ou *dimidiæ partis*, ou d'un procès qui entachera son honneur, ou le privera de la *noxæ deditio*. — Le serment *in jure* ne peut être déféré à ceux qui sont incapables de transiger, comme les prodigues, ni à ceux qui ne sont pas soumis à la *sponsio* (héritier, pupille, mandataire, *defensor*) (11).

L'Edit sur le serment a pour sanction le refus d'action soit contre le défendeur qui a juré ou payé, soit au demandeur qui ne prête pas le serment qu'on lui a référé (12) ; la délivrance de l'action avec ses con-

(1) Jav., *h. t.*, 14, 1 ; 14 pr. ; Paul, 13 pr., 1 ; Pomp., 15. 1 ; Ulp., 16.
(2) Ulp., *h. t.*, 11, 10-12.
(3) Ulp., *h. t.*, 11, 4; 11, 7 ; 6, 1.
(4) Ulp., *h. t.*, 9, 1 ; 11, 9 ; 11, 4 : *prætorem contemnere videtur*.
(5) Ulp., *h. t* , [*D*., XII, 2], 34, 6.
(6) *Ibid.*, 34, 7-8. Diocl., *C*., IV, 1, 9. Le serment ne peut être référé dans l'action *rerum amotarum* : Ulp., *D.*, XXV, 2, 11, 3 ; 13.
(7) C'est le cas originaire d'application du serment. Cf. Jobbé-Duval, I. 134 ; Lenel, I, 271 ; Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, 1887, a démontré que les textes du *Dig.*, XII, 2, forment deux groupes empruntés, l'un aux commentaires de l'Edit sur le pacte de serment, l'autre aux commentaires *de rebus creditis*.
(8) Paul, *h. t.*, 14. Ulp., 36. Gaius, IV. 171.
(9) Ulp., *h. t.*, 34 pr. ; IX, 4, 21, 2 : XXV, 2, 11, 2 ; XLVII, 10, 11, 1.
(10) Paul, *h. t.*, 2. Le serment prêté spontanément par le défendeur n'a aucun effet. Ulp., 3 pr.
(11) *Ibid.*, 35, 1. Gaius, IV, 172. Une clause de l'Édit exempte les vestales et le flamine de Jupiter : Gell., X, 15.
(12) Paul, II, 1, 13 ; *h. t.*, 35 pr. ; Ulp., *D.*, XLVI, 3, 30 ; *h. t.*, 34, 7.

séquences pénales contre le défendeur qui ne veut ni jurer ni payer (1).

Le serment *in jure* ne doit pas être confondu avec le serment *de calumnia* qui n'empêche pas le procès de suivre son cours. En dehors du serment *in jure*, le droit classique ne connaît que le pacte du serment qui peut avoir lieu au cours du procès (p. 518). Le serment *in judicio*, comme le serment *in jure*, suppose l'accord des parties : il a le caractère d'une transaction. Mais au lieu d'éviter au défendeur un procès, il sert de fondement à la sentence du juge qui, suivant les cas, absoudra ou condamnera le défendeur (2). Il a aussi, le cas échéant, un effet novatoire comme le serment extrajudiciaire : le défendeur absous, qui est poursuivi par une autre action pour le même fait, peut opposer l'exception *jurisjurandi* (3).

7. CONFESSIO IN JURE. — L'aveu fait par le défendeur devant le magistrat rend inutile, en certains cas, l'exercice d'une action en justice (4). A l'époque des actions de la loi, l'aveu qui porte sur une dette d'argent *(pecunia certa)* équivaut à un jugement : dans un cas comme dans l'autre le demandeur peut procéder à la *manus injectio* au bout de 30 jours (p. 841). Rien de pareil pour l'aveu qui porte sur une chose certaine autre que de l'argent ; l'exécution directe n'est pas possible ; il faut organiser une instance pour estimer la valeur du litige.

Au temps de la procédure formulaire, les effets de l'aveu sont déterminés par la loi Rubria (5) : l'aveu qui porte sur une *pecunia certa* donne lieu à l'exécution directe ; mais la *manus injectio* est remplacée par un *duci jubere* : le magistrat autorise le demandeur à emmener chez lui le défendeur qui, dans le délai légal, ne paye pas la dette avouée (6). Lorsque l'aveu porte sur toute autre chose, le défendeur, qui ne donne pas satisfaction au demandeur, est traité comme un *indefensus* ; ses biens sont saisis et mis en vente. — L'état des personnes ne peut être modifié ni par une convention, ni par l'aveu de l'intéressé (7). Cet aveu n'a de valeur que pour maintenir la personne dans l'état qu'elle a d'après la loi (8).

L'aveu doit être fait par le défendeur en personne. Le pupille doit obtenir l'*auctoritas* du tuteur. Le mineur de 25 ans peut se faire res-

(1) C'est à tort que certains auteurs le traitent comme *indefensus*. On n'a pu forcer un défendeur trop scrupuleux à s'en remettre au créancier, en l'exonérant du fardeau de la preuve. J'avais pensé autrefois que le serment *in jure* était une survivance d'une époque où l'on s'en remettait au serment de l'une des parties dans l'espoir que les dieux sauraient punir le parjure. Mais rien ne prouve que ce système ait été usité à Rome ; la délation du serment *in jure* est admise pour le demandeur seul, sans réciprocité. Cf. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, 1913, p. 8, 31. Il a établi que le serment n'est devenu un mode de preuve que sous Justinien. Les textes classiques, qui lui attribuent une application générale, ont été interpolés.

(2) ULP., *D.*, IV, 3, 21 ; *h. t.*, 9, 2. SENEC., *Controv.*, 7, praef. ; QUINTIL., V, 6.

(3) PAUL, *h. t.*, 28, 6 ; 28, 8. Cf. BIONDI, p. 80.

(4) PAUL, II, 1, 5 : *Si qui de debito, quocumque modo confessus docetur, ex eo re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.* Cf. PESCHKE, *Sav. Z.*, XLV, 3[illegible].

(5) *C. I. L.*, I, 205, c. 21 et 22. Loi relative à l'organisation judiciaire de la Gaule cisalpine au début du VIIe siècle. Cf. WLASSAK, *Judikationsbefehl*.

(6) ULP., *h. t.*, *D.*, XLII, 2, 6, 6. Cf. GRADENWITZ, *Ber. Heidelb. Ak.*, 1915, p. 27.

(7) DIOCL., *C.*, VII, 20, 2 ; VII, 16, 39 ; 22.

(8) ULP., *D.*, I, 5, 27. Un patron ne peut faire de son affranchi un ingénu en l'adoptant ; l'acte ne peut prévaloir contre l'aveu de l'affranchi.

tituer contre son aveu (1). L'aveu est, à cette époque, un acte formel; il doit être fait en présence du demandeur ou de son mandataire, sinon il est sans effet comme le serment *in jure*. Aucune condamnation n'est possible au profit d'un absent. L'aveu est nul lorsqu'il est fondé sur une erreur de fait (2).

Dans les actions qui croissent au double en cas de dénégation comme les actions de la loi Aquilia, *ex testamento*, *depensi*, *judicati*, l'aveu peut être fait par un mandataire et ne rend jamais inutile le renvoi devant un juge. On substitue à l'action au double une action dite *confessoria* pour rechercher, non pas si le défendeur est responsable du meurtre de l'esclave ou débiteur du legs, mais si l'esclave ou le testateur est encore vivant; après quoi on fera l'estimation du litige (3). L'erreur de fait commise par le *confessus* n'est pas ici prise en considération (4).

Un sénatus-consulte de Marc-Aurèle a introduit en matière d'aveu une innovation que l'on ne peut déterminer avec certitude, le texte qui la mentionne ayant été interpolé (5) Le sénatus-consulte a été fait pour la procédure extraordinaire (6). Il a adapté à cette procédure, qui n'admet ni la distinction du *jus* et du *judicium*, ni la *bonorum venditio*, l'effet que produit l'aveu dans la procédure ordinaire. Si l'aveu porte sur une *pecunia certa*, le demandeur qui n'est pas payé peut saisir un gage, comme il peut le faire en vertu d'un jugement. Le Sénat accorde aussi au *confessus* un terme de grâce, comme l'avaient fait la loi des Douze Tables et l'édit du Préteur. Dans cette mesure, le *confessus* est assimilé au *judicatus* (7).

Le Sénat ne paraît pas avoir été plus loin; il ne s'est occupé que des actions personnelles qui ont pour objet une *pecunia certa*, celles qui donnent lieu au serment *in jure* (8). Pour les actions ayant un autre objet, il ne pouvait pas être question de traiter le *confessus* comme un *indefensus*, car la procédure extraordinaire autorise la condamnation par défaut. — Ulpien a proposé d'étendre le sénatus-consulte à la revendication, et, par suite, d'accorder au défendeur un délai pour restituer (9). C'est seulement au Bas Empire que l'aveu a reçu une portée générale; mais il a changé de caractère, il est devenu un mode de preuve. En reproduisant les textes classiques, les compilateurs ont supprimé les restrictions apportées à la règle : *Confessus pro judicato est.*

(1) Ulp., *h. t.*, 6, 4-5.
(2) *Ibid.*, 6 ; 3, 2 ; Afr., 7.
(3) Ulp., *D.*, IX, 2, 25, 1 ; 23, 11 ; Paul, 24 ; *h. t.*, 8,
(4) Le *confessus* sera condamné si l'objet légué n'a pas existé ou a péri ; si l'esclave a été tué par un tiers. Paul, *h. t.*, 3 ; 4.
(5) Ulp., *h.* t., 6, 2. Demelius, *Die Confessio in röm. Civilprozess*, 1882. Giffard, *La Confessio in jure*, 1900 ; *N. R. H.*, XXIX, 449 ; Collinet, *N. R. H.*, XXIX, 171.
(6) Pernice, *Sav. Z.*, 1893, XIV, 135.
(7) Ulp., *h. t.*, 6, 6. Le sénatus-consulte admit sans doute la suspension des délais au temps de la moisson ou des vendanges et pendant les jours fériés, car il défend de citer l'adversaire en justice en pareil cas. Ulp., *D.*, II, 12, 1 ; 2.
(8) Ulp., *D.*, XLII, 1, 56 : *Post rem judicatam vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæritur post Orationem divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.* Callistr., *eod.*, 31 ; Diocl., *C.*, VII, 53, 9.
(9) Ulp., *h. t.*, 6, 2, Cf. Collinet, *loc. cit.*, 189.

§ 6. **Litis contestatio.** — La *litis contestatio* est un acte formel et bilatéral par lequel on prend des témoins pour constater l'accord nécessaire à l'organisation d'une instance (1). De ces deux caractères de la *litis contestatio*, le second seul a subsisté aussi longtemps que la procédure formulaire. L'appel des témoins, qui paraît avoir été tout d'abord exigé comme dans la procédure des actions de la loi (2), a fini par tomber en désuétude : on s'est contenté de l'échange des consentements des parties en présence du magistrat. Le demandeur propose au défendeur d'accepter comme base de leurs rapports futurs la formule dans laquelle il a renfermé sa prétention. Cette proposition constitue l'*actionis editio* (3); elle tend à *rem in judicium deducere* (4).

Si le défendeur refuse sans raison suffisante, le magistrat use de son influence pour le décider (5). S'il accepte (*judicium accipere*), la *litis contestatio* est consommée, l'instance est liée (6). Désormais, il ne sera plus question, entre les parties et devant le juge, du droit litigieux; on s'occupera uniquement du contenu de la formule (7).

Tel est le résultat de la procédure *in jure* : établir entre les parties un rapport analogue à celui qui résulte d'un contrat. Le droit litigieux, quel qu'il soit, est éteint, puis remplacé par une créance conditionnelle, et cette créance a toujours pour objet une somme d'argent.

La *litis contestatio* éteint le droit antérieur (8), tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. Elle l'éteint de plein droit lorsqu'il est sanctionné par une action personnelle *in jus* et que le *judicium* est *legitimum*; dans tout autre cas, le droit d'action subsiste, mais il peut être paralysé

(1) On a longtemps considéré la *l. c.* comme le terme de la procédure *in jure*. Ce serait, non plus un acte réel, mais un instant de raison. Cette conception, présentée par Keller en 1827, a été justement combattue par Wlassak (*Litiskontestation im Formularprocess*, 1889). La *l. c.* est l'œuvre des parties (Ulp., *D.*, XLIV, 6, 1, 1 : *Si inter Primum et Secundum sit lis contestata*). L'expression *litem contestari cum aliquo* prouve que ce n'est pas un acte unilatéral. V. cep. Holder, Bekker, Sav. Z., XXIV, 197; 362.

(2) Fest., v° *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : Testes estote.* Les mots *ordinato judicio* ne conviennent pas aux actions de la loi, car, depuis la loi Pinaria, la nomination du juge avait lieu, non pas avant la *l. c.*, mais 30 jours après.

(3) Gaius, IV, 165 : *Formulam edere adversario*. La question de savoir comment avait lieu l'*actionis editio* est discutée. Pap., *D.*, XV, 1, 50; 2; Paul, *D.*, XXI, 1, 30 pr., parlent de *dictare judicium*; il est probable que tel était le procédé normal : le demandeur dictait la formule au défendeur. Lenel, Sav. Z., XV, 385.

(4) Gaius, IV, 58, 121, 123. C'est un acte analogue à celui qui consiste à *rem in stipulationem deducere* (Paul, *D.*, XVIII, 5, 3). Le rapprochement entre ces deux actes est fait par Paul (*D.*, XLV, 1, 76).

(5) Paul, *D.*, XLV, 1, 83, 1 : *Stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur.* Cf. Paul, *D.*, III, 3, 54 pr.; V, 1, 28, 2. L'intervention du Préteur n'enlève pas à l'acte son caractère contractuel, les stipulations prétoriennes ont lieu aussi sur l'ordre du magistrat.

(6) Marc., *D.*, XXVI, 8, 15; Ulp., *D.*, XV, 1, 3, 11 : *Sicut in stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi.* L'accord des parties au moment où *inchoatur actio* est attesté par Pomp., *D.*, L, 17, 27.

(7) Ulp., *l. c.* : *Non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.*

(8) L'effet extinctif de *l. c.* était, en certains cas, contraire à l'équité : on pouvait l'écarter de plusieurs manières. On en a indiqué deux p. 617, et une autre p. 407, 1. Cf. Naber, *Mnemos.*, 1920, p. 394-424.

par une exception (1). Cette distinction, qui tient à des raisons historiques (2), n'a d'ailleurs en pratique que peu d'intérêt : l'exception étant perpétuelle, peut toujours être invoquée, mais elle doit l'être *in jure*.

La *litis contestatio* donne ensuite naissance à un droit nouveau substitué à l'ancien. Il y a là une sorte de novation (3). Ce rapprochement a été fait par les *Veteres* pour les débiteurs tenus d'une action personnelle de droit strict. On l'étendit ensuite aux actions de bonne foi (4), aux actions *in factum* et même aux actions réelles, mais avec des restrictions qui ont fini par réagir sur les actions de droit strict. Il faut donc bien se garder de conclure à l'identité de la stipulation novatoire et de la *litis contestatio* (5). Il faut surtout ne pas oublier qu'on agit en justice pour améliorer sa situation et non pour la rendre pire (6). De là trois différences : la *l. c.* n'éteint pas les privilèges, gages, hypothèques, qui garantissaient le droit antérieur; elle n'arrête pas le cours des intérêts (7); elle laisse subsister une obligation naturelle (8). Sous cette réserve, la jurisprudence a traité la *litis contestatio* comme un acte juridique qui a pour effet de substituer au droit litigieux un rapport obligatoire. C'est là une construction à la fois élégante et pratique : on en déduit une série de conséquences.

1° La *litis contestatio*, comme la stipulation, établit entre les parties un rapport essentiellement relatif : il ne peut ni profiter ni nuire aux tiers (9). On ne considère pas comme des tiers les codébiteurs tenus d'une obligation solidaire, les cofidéjusseurs, ni ceux qui, à titre de mandataires, défendent au procès pour le compte d'autrui (10).

2° Ce rapport ne peut, en principe, subir, après coup, aucune modification. On ne peut substituer un plaideur à un autre (11) ni changer de

(1) Gaius, IV, 131 a; 106-107; Jul., ap. Ulp., *D.*, XIV, 3, 13 pr.

(2) Elle s'explique aisément pour les actions *in factum* et les *judicia imperio continentia*, qui sont à tous égards des créations prétoriennes. Pour les actions réelles, on ne pouvait songer au temps des actions de la loi à une extinction *ipso jure*, conséquence d'une novation : l'idée de novation ne se conçoit à cette époque que pour les obligations.

(3) Gaius, III, 180; cf. Scæv., *D.*, XLVI, 1, 60; Pap., *Vat. fr.*, 263.

(4) Dans ces actions le renouvellement de la poursuite est contraire à la bonne foi. Cf. Ulp., *D.*, XLIV, 4, 2, 5.

(5) Paul, *D.*, XLVI, 2, 29 : *Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.*

(6) Paul, *D.*, L, 17, 86; 87. Il y a encore d'autres différences : la stipulation novatoire conditionnelle n'éteint le droit antérieur que si la condition se réalise (Ulp., *D.*, XLVI, 2, 14 pr.); la *l. c.* l'éteint immédiatement. L'idée de novation est écartée dans les actions à formule arbitraire, lorsque le défendeur restitue la chose; dans les actions où l'on applique la règle *judicia esse absolutoria*, car on attribue un effet libératoire à l'exécution d'une créance qui est réputée éteinte par la *l. c.*

(7) Marc., *D.*, XX, 1, 13, 4; Paul, *D.*, XXII, 1, 35 (cf. *D.*, XLVI, 2, 18); Ulp., *D.*, XLVI, 2, 14 pr.; XLVI, 3, 72, 1.

(8) Cette obligation sera efficace, notamment en cas de péremption d'instance : elle permettra au demandeur d'invoquer une exception de dol (Venul., *D.*, XLVI, 8, 8, 1) ou de se prévaloir d'un gage (Paul, *D.*, IX, 1, 30, 1).

(9) Cf. Macer., *D.*, XLII, 1, 63 : *Res inter alios judicatas aliis non præjudicare.*

(10) Jav., *D.*, XLV, 2, 2; Pomp., *D.*, XLVI, 3, 23; Ulp., *D.*, XLIV, 2, 11, 7.

(11) En matière réelle, le demandeur aurait pu être tenté d'aliéner la chose litigieuse après la *l. c.*; le défendeur aurait été exposé à une seconde action en revendication : le Préteur le protège contre l'acheteur de mauvaise foi par l'exception

juge, sinon en cas de nécessité et avec l'autorisation du magistrat *(cognita causa)* : il y a alors *translatio judicii* (1). Si par exemple le juge meurt, devient incapable, se fait excuser ou déclare *sibi non liquere*, le magistrat remplace dans la formule son nom par un autre (2). Si l'un des plaideurs vient à mourir, on met dans la *condemnatio* le nom de son héritier; s'il ne peut suivre le procès, on met le nom de son *procurator* (3). Dans tous les cas, le rapport de droit reste le même (4). On ne peut non plus modifier la question soumise au juge, sauf *in integrum restitutio* pour cause d'erreur.

3° Le juge doit se reporter au jour où a eu lieu la *litis contestatio* pour apprécier la prétention du demandeur et déterminer le montant de la condamnation. Il n'a pas à tenir compte des événements postérieurs qui entraîneraient le rejet de la demande (comme l'achèvement de l'usucapion au profit du défendeur (p. 285, 2), ou qui modifieraient la valeur de la chose. Mais cette règle reçut les atténuations commandées par l'équité.

4° Le défendeur, même à une action réelle, est traité comme un débiteur contractuel : il est responsable de ses négligences (p. 302, 5).

5° La *l. c.* rend perpétuelles et transmissibles les actions temporaires et intransmissibles (5) : le défendeur est traité, même s'il est obligé *ex delicto*, comme un débiteur contractuel.

6° L'obligation qui résulte de la *litis contestatio* peut être garantie par des cautions sur l'ordre du magistrat. Ces cautions sont imposées en principe à ceux qui plaident au nom d'autrui, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur. Quant à ceux qui plaident en leur nom personnel, le défendeur à une action réelle doit toujours fournir la caution *judicatum solvi ;* il doit aussi donner caution pour certaines actions personnelles. En cas de refus, il est traité comme un *indefensus :* ses biens sont saisis et vendus; on procède à l'exécution sur la personne si l'action est *certæ pecuniæ* (6). En matière réelle, le Préteur se contente de transférer la possession au demandeur (p. 298).

rei litigiosæ (Gaius, IV, 117 *a*). Un édit d'Auguste complète cette disposition en annulant la vente de la chose litigieuse et en infligeant à l'acheteur une amende de 50 000 sesterces au profit du fisc. Cet édit fut étendu *prava usurpatione* aux fonds provinciaux, bien que le vendeur, n'étant pas en possession, ne pût en transmettre la propriété, comme pour les fonds italiques, par mancipation ou *in jure cessio*. L'extension fut admise sans doute dans l'intérêt du fisc (Frg. *de jure fisci*, 2). — L'Edit ne s'occupe pas de l'aliénation par le défendeur : elle ne pouvait avoir de conséquence fâcheuse contre le demandeur garanti par la caution *judicatum solvi*. Lorsque, au Bas-Empire, cette caution perdit une partie de son efficacité, on interdit au défendeur d'aliéner la chose litigieuse sous peine d'amende. Cf. Lenel, I, 156.

(1) Cf. Koschaker, *Translatio judicii*, 1905. Duquesne, *La* Translatio judicii *dans la procédure civile romaine*, 1910.

(2) Alf., *D.*, V, 1, 76; Pap., *D.*, XXVII, 7, 6; Paul, *eod.*, 60; Gell., XIV, 2.

(3) Paul, *l. c.*, 8; Gaius, *D.*, III, 3, 46 pr.; Ulp., *eod.*, 17 pr.; *Vat. fr.*, 341. Cf. Paul, *D.*, III, 4, 6, 3.

(4) Alf., *loc. cit.* : *Et rem eamdem et judicium idem quod antea fuisset permanere.* Voir un exemple dans Paul, *D.*, III, 2, 14.

(5) Il en est de même en droit moderne, mais on discute la question de savoir si cet effet se produit dès l'ajournement (Garsonnet, *Traité de procédure*, II, 431), ou lorsque l'affaire est en état de recevoir jugement (Glasson, *Précis*, I, 275).

(6) Gaius, IV, 88-90, 96. Loi Rubria, 21-22.

§ 7. **Procédure devant le juge.** — En principe, la formule contient l'institution d'un juge unique choisi par les parties ou, à défaut, tiré au sort par le magistrat sur les listes des juges. Il y a cependant certaines affaires dont le jugement est confié à des récupérateurs : anciennement, c'étaient les procès entre citoyens et pérégrins; désormais, ce sont aussi les procès entre citoyens. La loi dans quelques cas (1), le Préteur d'une manière très large (2), permettent aux plaideurs de demander leur renvoi devant des récupérateurs : la procédure est plus rapide, mais la sentence n'a pas la valeur réservée à celle du juge unique, car l'instance n'est jamais un *judicium legitimum.*

1. Division des instances. — Les *judicia* sont *legitima* ou *imperio continentia.* Cette division ne se confond pas avec la division des actions en civiles ou prétoriennes : une action peut être donnée en vertu de la loi sans que l'instance soit légitime, de même qu'une instance peut être légitime alors qu'on exerce une action prétorienne. Est *legitimum* le *judicium* organisé à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de la ville, devant un juge unique, citoyen romain, entre citoyens romains. Si l'un de ces trois caractères manque, le *judicium* est *imperio continens.* Cette division des instances s'explique historiquement : la notion du *judicium legitimum* remonte à une époque où la procédure réglée par la loi n'était applicable qu'aux citoyens romains, où la mission de juger était, en règle générale, confiée à un seul juge; où il n'y avait pour le peuple romain qu'un tribunal siégeant à Rome. Lorsque, après l'agrandissement du territoire, on permit aux magistrats d'organiser des instances hors de Rome par l'intermédiaire de délégués, ces instances, ouvertes contrairement à la coutume, furent mises dans une classe à part : on les distingua en disant qu'elles reposaient sur l'*imperium* du magistrat (3). Il en fut de même dans les provinces pour les instances organisées par les gouverneurs ou par leurs légats.

Cette distinction est importante (4) : depuis la loi Julia *judiciaria*, les *judicia legitima* s'éteignent au bout de 18 mois ; les *judicia imperio continentia* ne subsistent que pendant la durée des pouvoirs du ma-

(1) Loi agraire de 643, l. 36-39 ; Loi latine de Bantia, l. 9-10.

(2) Wlassak (*Processgesetze*, II, 309) et Lenel (I, 29) conjecturent que les actions fondées sur l'*imperium* du magistrat donnaient lieu à un *judicium recuperatorium* ; les parties auraient eu cependant la faculté, sous certaines conditions, de demander la nomination d'un juge unique. Pour les actions fondées sur le droit civil, le renvoi devant un juge unique aurait été la règle ; dans certains cas seulement, le juge pouvait être remplacé par des récupérateurs. La nomination de récupérateurs est attestée pour les procès *de libertate, de hominibus armatis coactisve, de injuriis*, en cas de *vadimonium*, d'interdits et d'action intentée contre un patron sans autorisation (Gaius, IV, 141 ; 46).

(3) Gaius, IV, 103-105; 109. Il n'y eut vraisemblablement rien de changé lorsque les *præfecti juri dicundo* d'Italie eurent été remplacés par les magistrats municipaux. Wlassak (II, 221) avait conclu à l'existence d'une seconde loi Julia *judiciorum privatorum*, applicable aux citoyens résidant hors de Rome. Il a aujourd'hui abandonné cette opinion (*Klass. Provinzialprozess*, 1919, p. 274. Il n'y a aucune trace de cette loi.

(4) Autres différences : quant à la *litis contestatio*, à l'*adjudicatio;* quant à la tutelle des pupilles et des femmes.

gistrat qui a délivré la formule, soit, au maximum, un an à Rome (1) et dans les provinces sénatoriales (2).

2. Élargissement des pouvoirs du juge. — En principe, le juge doit se conformer strictement aux termes de la formule, absoudre ou condamner sous des conditions déterminées. Il ne dépend pas de lui de tenir compte de faits étrangers à la formule, alors même que l'équité lui en ferait un devoir. Cette conception étroite de la mission du juge a été modifiée par la jurisprudence. Dans la procédure comme dans le droit, mais dans une moindre mesure, l'équité a fini par triompher : *a)* dans les actions de bonne foi, la valeur pécuniaire de la chose litigieuse s'apprécie au jour du jugement (3); *b*) dans les actions de bonne foi et dans les actions à formule arbitraire, les conditions d'exercice de l'action ne s'apprécient plus exclusivement au jour de la *litis contestatio*; le juge est autorisé à se placer au jour du jugement (4); *c)* dans ces mêmes actions suivant les Proculiens, dans toutes les actions suivant les Sabiniens dont l'opinion a prévalu, la satisfaction fournie au demandeur entre la *litis contestatio* et le jugement entraîne l'absolution du défendeur (5); *d)* il en est de même si la chose a péri fortuitement au cours du procès, surtout si elle eût péri également dans le cas où elle aurait été restituée (6); *e*) la condamnation doit comprendre tout ce que le demandeur aurait eu si le jugement eût été rendu lors de la *litis contestatio* (fruits, part des esclaves, etc.); on ne veut pas qu'il souffre des lenteurs de la justice (7).

3. Surveillance du magistrat. — La procédure *in judicio* a lieu sous la surveillance du magistrat. Il peut suspendre le procès (8), user de contrainte envers le juge négligent, le décharger de sa mission en cas d'empêchement, le révoquer, le remplacer en cas de décès ou lorsqu'il jure *sibi non liquere* (9). Il doit éclairer le juge qui le consulte sur un point de droit; mais il ne doit lui donner aucun conseil sur l'ap-

(1) L'instance était périmée si elle n'était ouverte devant le juge avant la fin de l'année : Auguste permit aux juges qui se plaignaient d'être surchargés à la fin de l'année judiciaire, de renvoyer à l'année suivante les causes inscrites au rôle en novembre et décembre (Suet., *Aug*., 32).

(2) Dans les provinces impériales, où les légats restaient en charge tant qu'il plaisait à l'empereur, l'absence d'un délai fixe aurait eu de graves inconvénients si l'on n'eût admis que les juges conservaient le droit de juger sous le successeur du gouverneur qui les avait institués (Paul., *D*., V, 1, 49, 1).

(3) Ulp., *D*., XIII, 6, 3, 2; Sab., ap. Jul., *D*., XII, 1, 22. Servius appliquait déjà ces tempéraments d'équité à la *condictio certae rei*. Ulp., *D*., XIII, 3, 3.

(4) Cette atténuation fut admise dans divers cas par Proc. ap. Paul., *D*., VI, 1, 27, 1; Ner., ap. Ulp., *D*., XVI, 3, 1, 21; Jul., *D*., X, 4, 8. L'opinion contraire est indiquée par Jav., *D*., V, 1, 35, et Paul., *eod*., 23. Même doctrine pour l'action *de peculio* (p. 301, 6).

(5) Gaius, IV, 114 : *omnia judicia esse absolutoria*. Dès lors, l'effet novatoire de la *l. c.* est subordonné à la condition que le demandeur ne recevra pas satisfaction avant le jugement. Les Proculiens faisaient une réserve pour les actions de droit strict, mais ils autorisaient sans doute le défendeur à répéter ce qu'il avait donné ou à repousser l'action *judicati* par une exception de dol (Ulp., *D*., XII, 6, 23, 3. L'opinion des Proculiens est suivie par Paul (*D*., XLV, 1, 84).

(6) Paul., *D*., XXIII, 3, 56 pr. Cette exception était déjà admise par Alfenus (*D*., VI, 1, 58) et même vraisemblablement par Trebatius (*eod*., 33).

(7) Jul., *D*., XXX, 91, 7; Paul., *D*., XII, 1, 31 pr.; Pap., *D*., XXII, 1, 2, 3, 4; Paul., *eod*., 38, 7.

(8) Paul., *D*., XL, 12, 24, 3; Hadr., ap. Paul., *eod*., 23, 2.

(9) Jul., *D*., V, 1, 74 pr.; Ulp., 18 pr.; Afr., 76; Paul., 29; 46; 18; 12 pr.

préciation du fait : ce serait porter atteinte à l'indépendance du juge (1).

4. Preuves. — La théorie des preuves est plutôt l'œuvre des rhéteurs que de la jurisprudence (2). Les jurisconsultes classiques se sont contentés de formuler un certain nombre de règles consacrées par l'usage sans en imposer l'application d'une manière trop rigoureuse, pour ne pas blesser l'équité. La règle fondamentale consiste à obliger chacun des plaideurs à prouver ses allégations (3). — La preuve peut être faite par tout moyen approprié : témoins, titres, constatation matérielle, présomption (4). Mais aucun de ces moyens de preuve ne force la conviction du juge qui en apprécie souverainement la valeur. La loi s'est abstenue de déterminer d'une manière formelle le degré de croyance qu'on doit leur attribuer. Les questions de droit que chaque affaire pouvait soulever étaient résolues par le juge avec le concours de son assesseur ou de son conseil. Les plaideurs avaient soin de lui communiquer l'avis d'un jurisconsulte (5).

§ 8. **La sentence.** — Le juge doit, suivant l'instruction contenue dans la formule, absoudre le défendeur ou le condamner à payer une somme d'argent.

Exceptionnellement le juge peut condamner le demandeur lorsque le *judicium* est *contrarium* (6). Une instance a ce caractère dans deux séries d'hypothèses : dans quelques actions telles que l'action d'injures, où le demandeur qui succombe encourt une peine pécuniaire ; lorsqu'on soumet au juge un acte impliquant des prestations réciproques en le chargeant de décider ce que chacune des parties doit à l'autre (7). Dans ce dernier cas, lorsqu'on agit *recto judicio*, le juge ne peut tenir compte du droit du défendeur que par voie de compensation. Si la compensation n'est pas possible, le *contrarium judicium* seul permet au juge de donner satisfaction au défendeur en condamnant le demandeur. Le *contrarium judicium* est à son tour insuffisant lorsque le propriétaire de la chose, le commodant par exemple, s'abstient d'agir parce qu'il devrait payer au commodataire une somme supérieure à la valeur de la chose, ou parce que la chose a péri ou lui a été restituée sans procès.

(1) Ulp., *D.*, V, 1, 79, 1.

(2) Cf. Cic., *de orat.*, II, 27; Quint., V, 1; 6; 7. Au temps de Cicéron, les jurisconsultes comme Aquilius Gallus dédaignaient de s'occuper de la question de preuve dans un procès. Boeth. (*Or.*, I, 346) : *Nihil ad nos, inquiebat, et ad Ciceronem potius consulentes id est ad rhetorem remittebat.*

(3) Cels., *D.*, XXII, 3, 12; Marc., 21 : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.* Le défendeur est *actor* quant à la preuve de ses moyens de défense (p. 864, 6). Voir une dérogation à la règle, p. 435, 2.

(4) Aulu-Gelle, XIV, 2.

(5) *P. Oxy.*, 237, de l'an 186, contient le texte d'une consultation adressée à un préfet de la milice préposé à la juridiction.

(6) On a l'habitude de confondre le *contrarium judicium* avec l'action contraire. Mais cette confusion est l'œuvre des compilateurs ; à l'époque classique, la distinction ressort des textes cités n. 7; 883, 1, qui confirment le trait caractéristique de ce *judicium* (Gaius, IV, 178) : le pouvoir du juge de condamner le demandeur *(contrario judicio... damnatur actor)*. Ce pouvoir résultait sans doute d'une clause insérée dans la formule. Cf. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio,* I, 54.

(7) Cic., *de Off.*, III, 17 : *In tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis..., magni esse judicis statuere*, præsertim cum in plerisque essent judicia contraria, *quid quemque cuique præstare oporteret.* Cf. p. 550, 6.

On a comblé cette lacune en créant, dans certains cas, une action indépendante, appelée action contraire (1).

Le juge ne peut pas condamner le demandeur en raison du préjudice causé par une poursuite inconsidérée ou de mauvaise foi (2). Il ne peut pas davantage accorder au demandeur des dommages-intérêts pour les frais du procès, sauf en cas de dol ou de faute du défendeur (3). Il y avait là une lacune qu'il dépendait des parties de combler. Déjà l'ancien droit avait réprimé certains torts causés à l'occasion d'un procès (p. 300) et infligé des peines aux plaideurs téméraires : perte de 50 ou 500 as dans l'action par serment, peine du double dans les actions *auctoritatis, de modo agri,* contre le *vindex* de la *manus injectio*, contre le possesseur intérimaire de la chose litigieuse, contre celui qui nie certaines dettes.

Le droit classique est entré plus largement dans cette voie ; il a consacré des moyens divers mis à la disposition du demandeur et du défendeur ou de l'un d'eux, mais dont on ne peut en aucun cas cumuler le bénéfice. Ces moyens ne s'appliquent pas dans les actions qui entraînent une peine supérieure au simple soit par leur nature comme les actions de vol, soit en cas de dénégation comme l'action *judicati*.

a) Stipulations réciproques. — Dans les actions *certæ pecuniæ*, de constitut, et dans les interdits prohibitoires ou exhibitoires, les plaideurs peuvent stipuler l'un de l'autre que le perdant payera une somme convenue ou fixée par la loi. On n'a pas à rechercher s'il est ou non de bonne foi. Pour les interdits, le défendeur peut exclure l'usage des stipulations réciproques, en demandant une formule arbitraire. Sont exempts du risque de ces stipulations, les héritiers, les femmes et les pupilles (4).

b) Contrarium judicium. — Dans quelques actions, comme l'action d'injures, l'a. donnée à tort contre la femme qui, ayant obtenu un envoi en possession *ventris nomine*, a transféré par dol la possession à un tiers, l'action donnée à celui qui prétend avoir été empêché d'entrer en possession conformément au décret du Préteur, le défendeur peut requérir un *judicium contrarium*. Le juge reçoit le pouvoir de condamner le de-

(1) P. 387, 2. Gaius, *D.*, XIII, 6, 18, 4 : *Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est ; dicemus necessario esse contrariam actionem.*

(2) Dans les cas où l'on procède *extra ordinem*, le magistrat qui préside les assises *(conventus)* oblige celui qui a fait une citation en justice téméraire à rembourser à son adversaire les frais de déplacement et les frais du procès (Ulp., *D.*, V, 1, 79).

(3) L'estimation du *quanti interest* comprend ici les frais du procès (Paul., *D.*, XXV, 5, 2, 1). La question des frais d'un procès se pose surtout dans les rapports d'un mandataire, d'une caution, d'un tuteur, d'un légataire avec le mandant, le débiteur, le pupille, l'héritier. Gaius, *D.*, III, 3, 46, 6 ; Jul., *D.*, XLVI, 8, 22 pr. ; 24 ; Pap., *D.*, XXXI, 78, 2 ; Ulp., *D.*, XLVI, 7, 5, 6 ; Paul., *D.*, XXXIV, 3, 30. En se faisant garantir contre l'éviction, l'acheteur peut convenir qu'on lui remboursera les frais du procès (Mod., *D.*, XLV, 1, 102). Dans l'a. *ad exhibendum* et dans la revendication d'un meuble, les frais d'exhibition ou de restitution, s'il y en a, sont à la charge du demandeur (Lab. ap. Ulp., *D.*, X, 4, 11, 1 ; Paul., *D.*, VI, 1, 10.

(4) Gaius, IV, 171-173 ; 162.

mandeur par cela seul qu'il perd son procès. La peine est de 1/10e dans l'action d'injures, et de 1/5e dans les autres (1).

c) Serment contre la chicane. — Dans tous les procès, sous la réserve indiquée contre le cumul, le défendeur peut déférer au demandeur le *jusjurandum calumniæ*. Le demandeur a le même droit à l'égard du défendeur même si c'est un héritier, une femme, un pupille (2). Le refus de prêter serment entraîne la perte du droit d'action pour le demandeur; il équivaut à un aveu pour le défendeur, tout au moins sous Justinien (3),

d) Actions contre la chicane. — Au lieu d'exiger un serment, le défendeur peut opposer au demandeur le *judicium calumniæ,* qui a une sanction pécuniaire. Le demandeur, qui est convaincu d'avoir intenté une action pour vexer son adversaire, en comptant sur une erreur ou une iniquité du juge, encourt une peine de 1/10e, élevée à 1/3 contre un *adsertor* (4).

La *calumnia* a un caractère plus grave lorsqu'une personne a reçu de l'argent ou tout autre avantage pécuniaire pour faire un procès à quelqu'un ou pour s'en abstenir. Elle est sanctionnée par une action donnée au quadruple pendant l'année, puis au simple (5). Est passible de la même action et perd son procès celui qui a donné de l'argent au juge ou à l'adversaire à moins que ce ne soit à titre de transaction (6). Peu importe que l'argent ait été remis avant ou durant le procès. Cet argent peut être répété par celui qui devait être victime de la *calumnia*. Mais la *condictio* est exclue, lorsque celui qui a donné l'argent a commis une *turpitudo* aussi bien que celui qui l'a reçu (7).

e) Dans certaines actions, le défendeur condamné encourt l'infamie. Sont infamantes les actions pénales de vol avec ou sans violence, d'injures, de dol, de la loi Plætoria; les actions *rei persecutoriæ* de société, fiducie, tutelle, mandat, dépôt (8), lorsque la condamnation est motivée par un acte de perfidie (9). L'intérêt de la distinction consiste en ce que, dans les actions pénales, la transaction est infamante comme la condamnation (10). Dans tous les cas, le défendeur n'encourt l'infamie que s'il plaide en son nom personnel *(suo nomine)*. Le demandeur, qui consent à plaider contre un représentant, renonce à la sanction de l'infamie. De même celui qui exerce une *condictio* à la place de l'action contractuelle (11).

(1) Gaius, IV, 177; 178.
(2) *Ibid.*, 172; 174; 176; 179; 181.
(3) *C.*, II, 59, 2, 6-7.
(4) Gaius, IV, 175; 178; 179. On ignore si le *judicium calumniæ* donnait lieu à une formule spéciale, ou s'il était rattaché à la formule principale. Cf. Lenel, *E. P.*, 107; Karlowa, II, 1354.
(5) Ulp., *h. t.* [*D.*, III, 6], 1 pr.; 1, 4; 3 pr.; Paul, 2. L'héritier n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement. Ulp., 5 pr.
(6) Carac, *C.*, VII, 49, 1; Ulp., *h. t.*, 1, 2. L'édit s'applique aussi à celui qui a transigé honteusement *(depectus)* : 3, 2.
(7) Ulp., *h. t.*, 3, 1; 3, 3; 5, 1.
(8) Gaius, IV, 182. Tab. d'Héraclée, l. 111. Frg. d'Este, l. 1-4.
(9) Arg. Ulp., *D.*, III, 2, 6, 7.
(10) Gaius, IV, 181; Ulp., *D.*, III, 2, 4, 5; Paul, *eod.*, 7.
(11) Ulp., *D.*, XLIV, 7, 36. Cf. p. 541.

Le demandeur, condamné en vertu d'un *contrarium judicium*, n'encourt pas l'infamie, ni dans l'action d'injures parce qu'on n'examine pas s'il est de bonne foi (1), ni dans les actions sanctionnant des engagements réciproques parce qu'il s'agit seulement d'un règlement de comptes (2). — Les jugements, rendus *extra ordinem* à l'occasion de délits sanctionnés par une action infamante, entraînent l'infamie (3). Les sentences arbitrales rendues en vertu d'un compromis n'ont pas pour sanction l'infamie (4).

§ 9. **Autorité de la chose jugée.** — Dans les rapports entre les plaideurs, la chose jugée est réputée l'expression de la vérité (5). L'intérêt public exige que les droits des particuliers ne restent pas indéfiniment dans l'incertitude; il commande d'éviter les difficultés inextricables qui résulteraient de la contrariété des jugements ; l'ordre social ne permet pas de laisser subsister des causes de dissension entre citoyens (6).

Ces raisons ont été aperçues par les Romains dès la fin de la République. Le principe de l'autorité de la chose jugée a été appliqué en fait avant d'être formulé et réglementé par la jurisprudence. Il y avait même certains cas où l'observation en était assurée indirectement à l'égard du demandeur; s'il voulait renouveler sa poursuite, il était écarté *ipso jure* ou *exceptionis ope* par application de la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Quant au défendeur, s'il voulait remettre en question la chose jugée, il dépendait du magistrat de lui refuser l'action qu'il sollicitait (7). Les jurisconsultes du IIe siècle jugèrent utile de limiter le pouvoir discrétionnaire dont jouissaient les magistrats, en précisant le mode et les conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée.

a) Le mode d'application n'est autre que l'exception *rei judicatæ vel in judicium deductæ* (8). Cette exception a désormais une double fonction : une fonction négative pour empêcher le renouvellement d'une poursuite lorsque l'action n'est pas éteinte *ipso jure;* une fonction positive pour empêcher de remettre en question ce qui a déjà été jugé entre les parties (9).

(1) Gaius, IV, 178 : *licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*.
(2) Ulp., *eod.*, 1, 6, 7 : *nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo*.
(3) Macer, *D.*, XLVIII, 1, 7.
(4) Ulp., *D.*, III, 2, 13, 5.
(5) Ulp., *D.*, I, 5, 25.
(6) Mod., *D.*, XLII, 1, 1 ; Paul, *h. t.*, [*D.*, XLIV, 2], 6.
(7) Cic., p. *Flac.*, 21 : *M. Gratidius legatus ... actionem se daturum negavit, re judicata stari ostendit placere.* Une application de ce principe est faite par un Sc. de l'an 604-608 (*Bin Corr. hellen.*, VI, 367, l. 28-30). Cf. une pétition au préfet d'Égypte de l'an 744 environ (*P. Lond.*, II, 165, l. 17). Édit de l'an 68, cité p. 184, 7. *C.I.L.*, X, 7852 de l'an 69 : *cum pro utilitate publica rebus judicatis stari conveniat*.
(8) Tel est le nom que lui donne Gaius (III, 181 ; IV, 106, 107, 121), sans doute parce que, de son temps, on avait fondu en une exception unique deux exceptions d'abord distinctes (cf. Cogliolo, *Trattato della eccezione rei judicatæ*, p. 17, 111 ; Lenel, II, 255). Après Gaius, il n'est plus fait allusion à la clause *vel in judicium deductæ*, soit qu'on l'ait jugée inutile, soit qu'elle ait été supprimée par les compilateurs.
(9) Cf. Keller, *Litiskontestation*, 223 ; Savigny, *Syst.*, VI, 20. Il arrive parfois que, dans un même procès, les deux fonctions soient opposées l'une à l'autre ; lorsque le renouvellement de la demande a pour but d'obtenir le respect de la chose jugée dans la première instance, il serait contraire à l'équité d'invoquer la

b) Trois conditions sont requises pour l'application de cette exception : une décision rendue par un juge régulièrement institué (1), l'identité de questions, l'identité de personnes. La condition d'identité de questions est laissée à l'appréciation du juge (2). Paul dit bien qu'elle implique l'identité d'objet et l'identité de cause, mais il est certain qu'on n'exige pas cumulativement ces deux conditions. L'une ou l'autre suffit en général, suivant qu'il s'agit d'une action réelle ou d'une action personnelle : dans les premières, l'identité d'objet joue le rôle principal, l'identité de cause est indifférente à moins qu'il ne s'agisse d'une cause nouvelle d'acquisition sur laquelle le premier juge n'a pu statuer (3); dans les secondes, l'identité d'objet n'a aucune influence; ce qui est essentiel, c'est le fait juridique invoqué comme générateur de l'obligation.

La condition d'identité de personnes est une restriction très importante au principe de l'autorité de la chose jugée. Les jugements, comme les contrats, n'ont d'effet qu'entre les parties (4). A l'égard des tiers, la chose jugée n'est plus, sauf quelques exceptions (5), réputée l'expression de la vérité. L'identité de personnes ne s'apprécie pas d'après l'identité physique : il faut rechercher si les personnes agissent en la même qualité. Ainsi, la chose jugée à l'égard d'une personne est réputée jugée à l'égard de son héritier, mais la chose jugée à l'égard d'un tuteur ou d'un mandataire ne lui est pas opposable lorsqu'il agit ensuite pour son compte personnel (6).

III. La procédure extraordinaire.

La procédure ordinaire est celle qui a lieu conformément au *solitus iudiciorum ordo* (7). L'*ordinatio judicii* a lieu *per actionem* (8) : elle exige l'investiture d'un juge et la rédaction d'une formule avec le concours du défendeur. Le magistrat est tenu de dire le droit à certains jours et dans certains lieux, il n'est pas chargé de faire exécuter la sentence. L'*ordo judiciorum* a été réglementé par la loi Julia *judiciaria* (9). Il s'applique à la procédure criminelle, comme à la procédure civile (10).

fonction négative de la chose jugée ; le demandeur la paralysera par une réplique *si secundum me judicatum non est* (Ner. ap. Ulp., *h. t.*, 9, 1; Marc., *D.*, XX, 5, 16, 5). Un autre procédé consiste à accorder au demandeur l'*in integrum restitutio* (Ulp., *h. t.*, 2 ; 11 pr.).

(1) Carac., *C.*, III, 13, 3. Peu importe que ce soit un jugement d'absolution ou de condamnation.

(2) On avait d'abord essayé de la préciser en disant qu'il fallait s'attacher à l'identité d'action : mais Julien (ap. Ulp., *h. t.*, 7, 4) fit observer que des actions différentes peuvent impliquer une prétention identique (*eod.*, 8; 25, 1; 12, 3; 26, 1), tandis qu'une même action peut servir à faire valoir des prétentions différentes (Ulp., *h. t.*, 7, 2; Ner., 27).

(3) Paul, *h. t.*, 12 ; 14 pr., 2 ; Ulp., 11, 2.

(4) Gord., *C.*, VII, 56, 2.

(5) Cf Ulp., *D.*, XXX, 50, 1 : la chose jugée à l'égard de l'héritier est opposable aux legataires. Pour le *statuliber*, Lab., ap. Pomp., *D.*, XL, 7, 29, 1.

(6) Pap., *h. t.*, 28; Ulp., *h. t.*, 11, 10.

(7) Alex. Sev., *C.*, VII, 45, 4.

(8) Il en est autrement pour les procès criminels : *Inst.*, IV, 18 pr.

(9) Paul, *D.*, XLVIII, 2, 3 pr., 1.

(10) En matière criminelle, l'*ordinatio legitima* consiste dans le dépôt au tribunal

Il est tombé en désuétude lorsque la procédure extraordinaire a été généralisée. Il y en a quelques exemples sous Dioclétien (1).

Cette procédure, qui apparaît sous le Haut-Empire et qui s'est substituée à la procédure ordinaire dans la seconde moitié du IIIe siècle, a été réglementée, mais non introduite par Dioclétien. Ce qui la caractérise, c'est que le magistrat juge lui-même le procès. Avant de devenir la procédure normale, elle a été appliquée exceptionnellement à côté de la procédure ordinaire ; elle a conservé son nom, même à l'époque où celle-ci n'était plus qu'un souvenir.

Sous le Haut-Empire, les magistrats sont chargés de juger les procès dans les cas non prévus par le droit civil ou prétorien. Pour faire valoir les droits consacrés par les empereurs (fidéicommis, obligation alimentaire, honoraires, etc.), on procédait *extra ordinem*. On étendit ensuite cette procédure à des contestations de nature à troubler la paix publique. En sa qualité de préfet de police, le préfet de la ville fut autorisé à juger les procès civils connexes aux délits qu'il avait mission de réprimer : usurpations violentes ou clandestines ; réclamations des banquiers, changeurs, bouchers, charcutiers, contre leurs clients, et réciproquement; procès relatifs à la liberté ou à l'ingénuité (2). De même le préfet de l'annone, qui a la surveillance des entreprises contribuant à l'approvisionnement de la capitale (batellerie, boulangerie), connaît des procès des armateurs contre ceux qui ont traité avec l'*exercitor*, des vendeurs de céréales contre les acheteurs (3). Le préfet des vigiles, chargé du service des incendies et de la police de la voie publique, juge les différends entre propriétaires et locataires (4).

Cette double application de la procédure *extra ordinem* est en somme assez restreinte : elle ne suffirait pas à faire comprendre la substitution en toute matière de cette procédure à la procédure ordinaire. Il faut tenir compte de deux autres faits : le développement des *cognitiones Cæsarianæ*, l'intérêt des plaideurs à préférer la justice rendue par les fonctionnaires impériaux.

L'empereur tenait de la *lex regia* le pouvoir de connaître *extra ordinem* des affaires civiles et criminelles, mais aux deux premiers siècles il en usa avec modération. Il intervenait parfois sous la pression de l'opinion publique pour alléger la tâche des tribunaux surchargés, plus souvent sur la demande des parties intéressées. Dans les deux cas il était rare qu'il jugeât lui-même l'affaire; il déléguait son pouvoir au gouverneur de la province ou à un commissaire spécial (5). Au IIIe siècle, les *cognitiones Cæsarianæ* se multiplient (6) ; c'est l'un des moyens employés pour ruiner les institutions républicaines au profit de la monarchie.

d'un *libellus inscriptionis* dont la rédaction a été fixée par la loi Julia (*ibid.*), et qui doit être souscrit par celui qui présente la requête (*eod.*, 3, 2). Cf. C., IX, 46, 1.

(1) PAUL., *D.*, XLVIII, 1, 8; *Vat.*, 312; *Consult.*, 5, 7; *C.*, VIII, 35, 3; IV, 19, 4; 52, 3.

(2) ULP., *D.*, I, 12, 1, § 6, 9, 17. Cf. VIGNEAUX, *Hist. de la préf. urbaine*, [illegible].

(3) PAUL., *D.*, XIV, 5, 8. Cf. p. 406, 1.

(4) PAUL., *D.*, XIX, 2, 56; XX, 2, 9.

(5) SUET., *Vesp.*, 10; PAUL., *D.*, XXVIII, 5, 93; *CIL.*, V, 5050.

(6) Voir les *Libri Decretorum* de Paul. Cf. CUQ, *Conseil des Empereurs*, [illegible].

En même temps la procédure *extra ordinem* se généralise surtout dans les provinces (1) : encouragés par les empereurs qui cherchent à se rendre maîtres de l'administration de la justice, les gouverneurs prennent l'habitude de juger les affaires par eux-mêmes ou par des délégués choisis en dehors de l'album (2). Les plaideurs acceptent cette innovation qui leur assure divers avantages : une justice plus éclairée sinon plus impartiale que celle des juges locaux; la faculté d'agir en dehors des sessions, de faire réformer en appel une sentence injuste; un jugement exécutoire par la force publique.

Deux faits prouvent l'extension de la procédure *extra ordinem* au IIIe siècle : l'institution, dans la première moitié de ce siècle, de juges d'appel chargés de statuer *(vice sacra)* aux lieu et place de l'empereur (préfet de la ville à Rome, commissaires extraordinaires envoyés dans les provinces en cas de nécessité (3) ; la disparition des *judices selecti* dans la seconde moitié du même siècle (4). La coïncidence de ces deux faits ne saurait être fortuite; elle s'explique aisément si l'on remarque que la sentence du *judex privatus* ne pouvait être frappée d'appel. — La substitution de la procédure extraordinaire à la procédure ordinaire était un fait accompli au temps de Dioclétien. Les abus commençaient à se produire : les gouverneurs de provinces confiaient à des subalternes, *judices pedanei* (5), le jugement des procès. Dioclétien leur enjoint de statuer en personne ; il ne leur permet de déléguer leurs pouvoirs que s'ils ne peuvent suffire à la tâche, en raison des affaires publiques ou de la multitude des procès. Cette faculté leur est refusée pour les procès antérieurement soumis à la procédure extraordinaire.

Le trait caractéristique de la procédure au Bas-Empire, c'est l'absence de formes légales : ni formules, ni solennités analogues aux *legis actiones*. Le magistrat est libre : aucune règle ne lui est imposée pour la direction des débats, l'enquête ou le jugement. De là les abus précédemment signalés; de là aussi les différences nombreuses qui séparent la procédure extraordinaire des autres formes de procédure. Parmi ces différences, il en est deux qui doivent être dès à présent signalées :

(1) On en trouve un exemple au Ier siècle (*CIL.*, III, 9938) : *V judices dati a M. Pompeio Silvano leg. Aug. pro pr.* (de l'an 69-70).

(2) D'après Pernice (*Festgabe für Beseler*, 1885, p. 51-78), la procédure extraordinaire ou administrative était la règle dans les provinces impériales. C'est une conjecture qui n'a pas été jusqu'ici confirmée par les textes. On ne peut citer que les papyrus relatifs à l'Egypte, mais cette région était dans une situation à part. Voir notre compte rendu de l'article de Pernice, *Rev. crit. d'hist.*, XXI, 206.

(3) Ulp., *D.*, IV, 4, 18, 3; Philip., *C.*, II, 27, 3; *CIL.*, VI, 1532; X, 5398; XIV, 3902. Cf. Cuq, *Etudes d'Epigraphie juridique*, p. 98; Vigneaux, *op. cit.*, 293.

(4) Le document le plus récent cite un préfet du prétoire, consul en 261, qui fut, au début de sa carrière, *ex V decuriis* (*CIL.*, X, 1706).

(5) Diocl., *C.*, III, 3, 2. Le nom de *judex pedaneus*, en grec χαμαιδικαστής, exprime la situation inférieure de ce délégué (Lydus, *De magistr.*, III, 8). Il n'a pas de juridiction propre (Just., *C.*, II, 47, 3); c'est un auxiliaire des magistrats (*Nov.*, 60, 2 pr.); on lui confie les affaires les moins importantes (*negotia humiliora :* Jul., *C. Th.*, I, 16, 8). Il faut se garder de le confondre soit avec le juré de la procédure ordinaire, soit avec les délégués impériaux (*vice sacra judicantes*), qui sont de grands personnages et ont une délégation permanente. Il ne faut pas non plus confondre les instructions écrites qu'il reçoit du magistrat avec la formule de la procédure ordinaire. Cf. Partsch, *Die Schriftformel*, 65; Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge-commissaire dans l'Egypte romaine*, 1906.

l'intervention plus active du magistrat dans les diverses phases du procès, depuis l'introduction de l'instance jusqu'à l'exécution du jugement; l'obligation pour les plaideurs de payer les frais de justice, qui jusqu'alors avaient été à la charge de l'État.

§ 1er. **Citation en justice.** — 1. *Denuntiatio.* — Sous le Haut-Empire, dans les cas où s'applique la procédure *extra ordinem*, la citation se fait de trois manières (1) : verbalement, par une réquisition écrite, par voie d'édit. Le magistrat, lorsque le défendeur réside dans son ressort, lui adresse, par un de ses appariteurs (2), une invitation verbale à comparaître *(denuntiatio)*. Si le défendeur réside dans un autre ressort, le magistrat remet au demandeur une réquisition écrite *(litteræ)* que le magistrat local fera parvenir à l'intéressé (3). Enfin si le défendeur est absent, si l'on ignore le lieu de sa résidence, la citation a lieu par voie d'édit. Cet édit est proclamé par le héraut, puis affiché (4).

Lorsque le défendeur n'a pas été touché par la citation, on lui applique, à défaut de comparution, la règle édictée contre celui qui se cache frauduleusement (5), et l'on envoie le demandeur en possession de ses biens comme dans la procédure formulaire (6). Si le défendeur, qui a reçu la citation, refuse de comparaître, on le traite comme contumax. Le magistrat lui adresse une citation *(ex auctoritate)* si sa résidence est connue (7), sinon, il le convoque par un édit. La citation peut être renouvelée trois fois (8). A défaut de comparution, le magistrat juge l'affaire en l'absence du défendeur, qui d'ailleurs peut être absous si sa cause est bonne (9).

Dans tous les cas, la citation est faite à la requête du demandeur *(postulatio)*. Cette requête est adressée directement au magistrat (10) ou inscrite au rôle des assises si l'affaire doit être portée au *conventus* (11).

(1) *D.*, XL, 5, 26, 9; 28, 5 (fidéicommis); XXXIV, 1, 3 (oblig. alimentaire).

(2) Il y a quelques exemples de *denuntiatio* faite par le demandeur. *Vat. fr.*, 156; Ulp., *D.*, V, 2, 7; V, 3, 20, 11.

(3) *Vat. fr.*, 162, 167; 210. Cf. *P. Giessen*, 34; *Hamb.*, 4.

(4) Cet édit est rédigé par l'assesseur du magistrat. Paul, *D.*, I, 22, 1. Pour la publicité, Macer, *D.*, XLIX, 8, 1, 3; *P. Hamb.*, 29; Constantin, *C.*, III, 19, 2. Just., *C.*, X, 11, 8, 7°; *Nov.*, 112, c. 3 pr.

(5) Sur le sens du mot *latitare*, Ulp., *D.*, XL, 5, 28, 1.

(6) Gord., *C.*, II, 50, 4; Diocl., *C.*, VII, 72, 9.

(7) *Vat. fr.*, 167 : *petendum ut denuntietur ex auctoritate cum denuntiaverit et non venerit.*

(8) Paul, V, 5°, 6; Diocl., *C.*, VII, 43, 9. La dernière citation est qualifiée *péremptoire*, parce qu'elle n'admet plus de tergiversation (Ulp., *D.*, V, 1, 70). Le magistrat a le droit de donner ce caractère au premier édit (*cod.*, 72).

(9) *Ibid.*, 73 pr.; XLVIII, 19, 5 pr. : *Secundum morem privatorum judiciorum.* L'usage des jugements par défaut en matière criminelle a été introduit par Claude. *P. Berlin*, 624. Cf. Ed. Cuq, *N. R. H.*, XXVI, 116. En matière civile, on en trouve des exemples sous Trajan, *D.*, XLIX, 14, 42, 1, mais seulement dans les cas où le magistrat statue *extra ordinem* (Paul, *D.*, XXXVI, 1, 81; Herm., *D.*, XL, 12, 27, 1). On a généralisé la règle introduite par le Sc. Rubrien dans le cas où le grevé d'un fidéicommis de liberté refuse de l'exécuter (*D.*, XL, 5, 26, 7), étendue par les Sc. Dasumien et Articuléien au cas où le fiduciaire est absent pour un service public (*cod.*, 51, 4 et 7). — Sur les jugements par défaut en droit moderne, C. Procéd., 149-165.

(10) Audollent, *Defixionum tabellæ*, 1904, n. 111, 112; L. Wenger, *Sav. Z.*, XXXII, 365; Frg. Ps. Dositheanum, *C. Gloss. Lat.*, III, 648.

(11) *Dicam scribere* : Cic., *Verr.*, II, 15, 37, 38. Cf. Mitteis, *Hermes*, XXX, 572; XXXII, 644; *Sav. Z.*, XXIX, 470.

2. *Litis denuntiatio.* — Au Bas-Empire, l'*in jus vocatio* a disparu avec la procédure formulaire, l'inscription au rôle avec les *conventus*. En règle générale, le demandeur adresse au magistrat une requête dans laquelle il fait connaître d'une manière précise sa prétention. Cette requête, qualifiée *simplex* parce qu'elle est faite hors la présence de l'adversaire, est rédigée par un avocat (1). Le magistrat, après en avoir pris connaissance, autorise, s'il y a lieu, la notification du procès au défendeur. Cette notification, d'abord faite par le demandeur en présence de témoins, est, depuis l'an 322, faite par les soins du magistrat et enregistrée dans les actes publics (2). La *litis denuntiatio* remplace l'*actionis editio* de la procédure formulaire; elle a pour but de faire connaître au défendeur, non plus la formule qu'on sollicitera contre lui, du moins le genre d'action qu'on veut exercer (3).

La *litis denuntiatio* fait courir le délai de quatre mois accordé aux parties pour se présenter au tribunal (4). Passé ce délai, le demandeur est frappé de déchéance, à moins qu'il n'obtienne un nouveau délai *(reparatio temporum)*. Si le défendeur ne comparaît pas, le demandeur procède, comme sous le Haut-Empire, pour faire constater la contumace et obtenir jugement (5).

3. *Libellus conventionis.* — Vers le milieu du ve siècle, la *litis denuntiatio* a disparu comme mode d'introduire les instances : elle est remplacée par la remise d'un libelle (6). La procédure s'ouvre toujours par une requête *(postulatio simplex)* adressée au magistrat et contenant avec les conclusions du demandeur, l'indication du genre d'action qu'il veut intenter. L'ensemble est consigné dans un libelle qui est remis, s'il y a lieu, au défendeur sur l'ordre du magistrat par le ministère d'un huissier *(exsecutor)* (7). Le défendeur est informé à la fois de la prétention du demandeur et de la nature de l'action qu'il va exercer. Ce libelle porte la souscription du demandeur ou à défaut celle d'un *tabularius*; il contient la promesse sous caution de porter l'affaire devant le magistrat dans le délai de deux mois (8).

Au lieu de s'adresser au magistrat, on peut aussi envoyer la requête à l'empereur. Le rescrit impérial est, comme autrefois, introductif d'instance (9). La procédure par rescrit s'est maintenue après la Nov.

(1) D'après l'édit d'un gouverneur de Numidie du règne de Julien (361-363), *CIL.*, VIII, 17896, les honoraires de l'avocat sont fixés à 5 *modii* de blé pour la *postulatio simplex*, à 10 pour la *contradictio*. Le *modius* contient 8 lit. 754. Cf. Edit de Dioclétien *de pretiis*, 7, 72 (*CIL*, III, p. 831).

(2) *C. Th.*, II, 4, 2. La *litis denuntiatio* est écartée par la loi pour certaines affaires; elle l'est également pour les affaires soumises aux préfets du prétoire et aux comtes des largesses. *C.*, II, 12, 26; *C. Th.*, I, 10, 3.

(3) *Nov. Val.*, 34, 1, 14 : *edito actionis genere.*

(4) Constantin, *C. Th.*, II, 6, 1; II, 18, 2.

(5) *Nov. Val.*, *l. c.*; édit du préfet du prétoire Aspar Alypius Constantinus (Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 379). *Inst.*, IV, 6, 24.

(6) *C.*, III, 9, 1 (interpolé). Cf. Wlassak, *Pauly's Wissowa*, v° *Cognitio*; Berger, *Grünhuts Z.*, XL, 317. Collinet (*Oxy.*, 1876-1882), *RH.*, 1924, p. 720.

(7) L'*exsecutor* apparaît dès la fin du ive siècle : Ambros., *P. L.*, XVI, 152; *C. Th.*, XIII, 5, 38 pr.; X, 8, 5. Sur le rôle de l'*exsecutor* sous Justinien, *P. Caire*, 67032. Cf. Ed. Cuq, *Rev. philol.*, 1911, XXXI, 351.

(8) *Nov.*, 112, c. 2. *Nov.*, 96, c. 1.

(9) *P. Caire*, 67024. Cf. Partsch, *Neue Urkunden zum Justinianischen Rescriptenprozesse*, 1911, p. 219.

113, 1, qui défend uniquement les rescrits relatifs à une affaire pendante.

Au reçu du libelle, le défendeur doit promettre sous caution à l'*exsecutor* de comparaître dans un délai très bref calculé d'après la distance de son domicile au siège du tribunal (1). Il doit ensuite lui remettre, s'il y a lieu, une protestation écrite contre la demande avec l'indication de ses moyens de défense, *libellus contradictionis* (2).

La caution garantit la comparution du défendeur; sinon elle promet de payer une indemnité qui ne peut dépasser 50 sous d'or (3). A défaut de caution, l'*exsecutor* s'assure de la personne du défendeur pour l'amener au tribunal *(exhibere)* en temps utile (4). La caution n'est pas exigée du défendeur à une action réelle ni des personnes illustres : une promesse sous serment suffit (5). — Indépendamment de la caution dont il vient d'être parlé, le défendeur à une action personnelle, qui ne possède pas des biens suffisants dans le ressort du magistrat, doit le jour de sa comparution, fournir un fidéjusseur qui garantit sa présence aux débats jusqu'à la fin du procès. Dans tout autre cas, on se contente d'une simple promesse (6).

A défaut de comparution, le défendeur est mis en demeure de se présenter et, après une triple sommation à 30 jours d'intervalle, il est traité comme un contumax : le procès est jugé en son absence *(eremodicium)* (7), après un délai d'un an depuis la première sommation. Il en est de même en cas de défaut du demandeur (8).

§ 2. **Litis contestatio**. — La *litis contestatio* se produit toujours au

(1) Ed. Præf. Pract., 30.

(2) Ce libelle (ἀντιβιβλίον) devait, avant la *Nov.* 53, 3, être remis à l'*exsecutor* dans le délai de 10 jours. D'après le tarif du gouverneur de Numidie (*C.I.L.*, VIII, 17896), la longueur de la *contradictio* peut être le quadruple de celle de la *postulatio*; les honoraires de l'avocat qui l'a rédigée sont le double de ceux de l'avocat du demandeur. L'*exceptor* reçoit 5 mesures de blé pour la *postulatio*, 12 pour la *contradictio*. Cf. Collinet, *Ég.*, II, 78. Steinwenter, *Arch. f. Pap.*, VII, 52.

(3) Just., *C.*, III, 2, 4, 3; X, 11, 8, 7. Exception est faite pour les femmes et pour quelques privilégiés. *Nov.*, 134, c. 9. Cette *cautio judicio sisti* obligatoire, qui apparaît en 456 (Marc., *C.*, I, 3, 25, 1), ne dérive pas du *vadimonium* facultatif tombé en désuétude : ce n'est pas un mode d'introduire l'instance, car la *cautio* n'est fournie qu'après la remise du libelle. Elle remplace l'ancien *vindex*.

(4) Just., *C.*, I, 4, 26, 13; *Nov.*, 123, c. 8. Cf. sur l'*exhibitio* du défendeur, Steinwenter, *Studien zum röm. Versäumnisverfahren*, 1914, p. 154.

(5) Just., *C.*, XII, 19, 12 pr.

(6) *Nov. Val.*, 35, 1, 14-15. *Inst.*, IV, 11, 2.

(7) Ce mot ne se trouve avant Justinien que dans Ulp., *D.*, IV, 4, 7, 12; XLVI, 7, 13 pr. Duquesne (*Mél. Fitting*, I, 340) a fait observer que, dans le second texte, le mot *eremodicium* a le même sens que dans *C.*, III, 1, 13, 3 et se rapporte à la *cognitio extra ordinem*. Lenel (*E. P.*, p. xv) a établi que ce texte a été interpolé : Ulpien n'a pas pu dire que la clause *ob rem judicatam* ne s'évanouit pas lorsque le procès prend fin par le payement, la transaction, l'acceptilation ou de toute autre manière (Cf. Duquesne, *Translatio judicii*, 1910, p. 74). Le premier texte est également interpolé ; si, au temps d'Ulpien, l'*in integrum restitutio* est accordée au mineur parce que tout le monde peut l'obtenir en vertu d'une juste cause, Hermogénien (eod., 13) n'aurait pas besoin de donner une raison spéciale au mineur. La décision d'Ulpien est d'ailleurs en contradiction avec *C.*, VII, 43, 11. Cf. Steinwenter, p. 69, 92.

(8) Just., *C.*, VII, 17, 1, 2. Ces règles ont été temporairement modifiées en 530 par *C.*, III, 1, 13, qui prescrit de terminer les procès dans le délai de 3 ans : le jugement par défaut n'est admis que pendant le 6e semestre et après que le défendeur a été requis par l'*exsecutor* de se présenter. Après 3 citations faites à 10 jours d'intervalle, il y a *lis deserta*. Les *Nov.* 53, 2 de 537, 112, 3 de 541 n'exigent rien de pareil.

moment où le procès est lié entre les parties, où l'affaire est « en état ». Mais elle ne résulte pas d'un acte formel comme dans l'ancien droit, ni de l'acceptation d'une formule comme en droit classique : elle a lieu dès que les parties ont posé contradictoirement leurs conclusions devant le magistrat (1). Après quoi elles jurent respectivement de ne pas agir par chicane, et leurs avocats le jurent à leur tour. La *litis contestatio* doit intervenir dans les deux mois qui suivent la requête ; le demandeur qui tarde à donner suite à l'affaire doit payer au défendeur le double des frais exposés (2). — Il n'y a pas lieu à *litis contestatio* en cas d'aveu du défendeur, ou lorsqu'il oppose une exception dilatoire.

La *litis contestatio* produit la plupart de ses anciens effets sous les réserves ci-après. 1° Trois de ses effets sont rattachés à la demande en justice : *a*) le *libellus conventionis* interrompt la prescription ; *b*) il rend perpétuelles ou transmissibles les actions temporaires ou viagères (3) ; *c*) les plaideurs doivent respectivement s'engager sous caution à rester en cause jusqu'à la fin du procès : c'est un engagement éventuel pour le cas où la *litis contestatio* aurait lieu. On n'exige plus du défendeur à une action réelle, lorsqu'il plaide *suo nomine*, la caution *judicatùm solvi de dolo* et *de re defendenda*. Cette caution n'est maintenue avec ses trois clauses que pour le *procurator*, mais elle est fournie par le mandant s'il est présent. Quant à la caution *de rato*, elle n'est exigée que du *procurator* dont le mandat n'a pas été enregistré dans les actes publics ou confirmé en justice par le mandant (4).

2° L'effet extinctif de la *l. c.* est très atténué, sinon supprimé : il est exclu à l'égard des codébiteurs solidaires et des créanciers à terme qui agissent avant l'échéance. Il l'est indirectement à l'égard des créanciers solidaires par suite de l'exception de litispendance si le procès intenté par l'un d'eux n'est pas encore jugé (5). Il en est de même si ce créancier fait défaut après la *l. c.*, et que le procès soit continué sur la demande de l'adversaire. Enfin, s'il y a péremption d'instance, l'affaire peut être reprise par l'un quelconque des créanciers.

3° L'effet novatoire de la *l. c.* subsiste, mais n'a plus guère d'importance. Il subsiste, car Justinien a conservé les textes classiques qui admettent la transformation d'une action pénale résultant du délit d'un fils de famille en action *de peculio*, le transfert d'une action d'une personne à une autre en cas de *procuratio in rem suam* (6). Il a peu d'im-

(1) Just., *C.*, III, 1, 14, 1 : *Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam*. La *narratio* (διήγησις) est l'exposé de la demande ; la *contradictio* (ἀντιρρήσις), celui de la défense Cf. Ed. Cuq, *Apokèryxis*, p. 48. *P. Berlin*, Inv. n. 2745, l. 10, 12, publié par Mitteis, 1912. — La règle est la même en droit moderne (C. Pr., 343). Cf. Fliniaux, *RH.*, 1923, p. 196.

(2) En vertu de l'engagement qu'il a pris *ad acta*.

(3) Theod., *C.*, VII, 40, 3, 1 ; Arcad., *C.*, I, 20, 1 ; Just., *eod.*, 2.

(4) *Inst.*, IV, 11, 2-7. L'obligation de fournir caution a été imposée au demandeur plaidant *suo nomine* par *Nov.*, 112, c. 2.

(5) Zeno, *C.*, III, 10, 1 ; II, 2, 4. La question de savoir si la *litis contestatio* n'a plus d'effet extinctif est discutée. Cf. Labbé, sur Ortolan, III, 912.

(6) La cession des dettes se réalise, comme à l'époque classique, par une *defensio in rem suam*. On a soutenu qu'une simple convention suffit comme pour la cession de créances, pourvu que le créancier donne son adhésion (v. Blume, *Novation*, 1895 ; Coviello, *Arch. giur.*, LVII, 114). Mais le texte cité est du IIIe siècle (Sev.,

portance pratique, car le juge d'une action réelle peut condamner à la chose même et non à sa valeur pécuniaire; le cessionnaire de créance a une action utile avant même la *l. c.*

4° L'objet de la demande peut être modifié au cours de l'instance : *a)* si une erreur a été commise en plus ou en moins, il est permis de la rectifier; on n'a plus à craindre la déchéance résultant de la *plus petitio* ni l'exception *litis dividuæ* en cas de *minus petitio*. Cette innovation aurait dû coïncider avec l'abandon de la procédure formulaire, car la règle ancienne se rattache à la distinction des actions *certæ* et *incertæ*, qui ne se conçoit que dans cette procédure. Mais par une singulière anomalie, la règle a toujours été conservée en Occident pour la *plus petitio*, et en Orient elle a survécu pendant près de deux siècles. Zénon l'a écartée pour la *minus petitio*, Justinien pour la *plus petitio re, loco, causa;* mais, dans ce dernier cas, le demandeur est puni de la faute qu'il a commise en exagérant sa prétention : il doit payer le triple du dommage causé au défendeur. Quant à la *plus petitio tempore*, elle ne peut être rectifiée au cours du procès : le défendeur est absous, mais le demandeur peut renouveler sa poursuite après un délai double du délai primitif; à titre de peine, il ne pourra exiger les intérêts courus dans l'intervalle, et il devra rembourser au défendeur les frais de la première instance. *b*) Lorsque l'erreur porte sur l'objet du droit et qu'on réclame une chose pour une autre, la rectification est admise au cours du procès; c'est une simplification qui dispense le demandeur d'intenter une nouvelle action, mais qui se concilie mal avec l'intérêt du défendeur (1).

5° La *litis contestatio* est le point de départ du délai de 3 ans fixé par Justinien pour la péremption de l'instance. L'action périmée n'est plus éteinte comme dans le droit antérieur : elle peut être renouvelée pendant 40 ans (2).

6° Si l'une des parties fait défaut après la *l. c.*, on lui adresse trois sommations à dix jours d'intervalle : le refus de comparaître équivaut à un abandon de l'instance *(eremodicium contrahitur)* : le défaillant est traité comme un contumax, et le procès suit son cours à la requête de l'adversaire (3).

§ 3. **Exceptions.** — La suppression de la procédure formulaire a enlevé aux exceptions leur principale raison d'être. Justinien les a

CAR., *C.*, II, 3, 2) et ne peut être interprété d'après les principes de la procédure du Bas-Empire; puis il ne prouve pas que la convention tacite entre les créanciers héréditaires et l'acheteur de l'hérédité ait une valeur juridique, car il est dit que l'acheteur défend au procès *spontanea voluntate*. Si, dans l'espèce, le rescrit en tient compte, c'est qu'il serait inique de permettre aux créanciers qui, sur l'indication de l'héritier, se sont adressés au débiteur, de se retourner contre l'héritier. Cf. GAUDEMET, *op. cit.*, 138.

(1) *Inst.*, IV, 6, 33-35. La déchéance résultant de la *plus petitio* a été maintenue dans le cas où, par dol, le créancier a exigé une *cautio* pour une somme supérieure à celle qui lui est due, et n'a pas rectifié sa demande avant la *l. c.* (*C.*, III, 10, 1).

(2) JUST., *C.*, III, 1, 13, 1; VII, 39, 9. Cf. CONSTANTIN, *C. Th.*, IV, 15, 1. La distinction des *judicia legitima* et *imperio continentia* a disparu, et avec elle les délais de la loi Julia.

(3) Voir les détails de cette procédure dans JUST., *C.*, III, 1, 13. Cf. STEINWENTER, *op. cit.*, 143.

cependant conservées ainsi que les répliques (1), mais avec une portée et une signification différentes : ce sont des moyens de défense qui ont trait les uns à la procédure, les autres au fond du droit. Dans la première classe rentrent les exceptions d'incompétence, de récusation, de nullité d'une demande irrégulière en la forme ou présentée par un incapable (2). La seconde classe comprend, comme autrefois, les moyens de défense qui, sans contredire la demande, servent à faire valoir un droit indépendant ; mais comme ils ne se distinguent plus, en la forme, des moyens de défense *ipso jure*, il est arrivé plus d'une fois à Justinien de les confondre.

Justinien a également conservé la division des exceptions en dilatoires et péremptoires : les premières doivent, comme autrefois, être proposées au début du procès ; mais les autres peuvent l'être en tout état de cause, même en appel (3). Une autre innovation concerne l'effet de l'exception dilatoire : le demandeur qui succombe peut renouveler la poursuite sans avoir à craindre l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Mais une loi de Zénon applique au créancier qui agit avant le terme la peine édictée contre ceux qui commettent une *plus petitio tempore*.

§ 4. **Instruction du procès.** — Aucune règle n'est imposée au magistrat pour l'instruction du procès. Son pouvoir arbitraire n'est restreint que pour les preuves à fournir par les plaideurs. Chacune des parties doit prouver l'exactitude de ses assertions.

1. Preuve par témoins ou par titres. — La loi se défie de la *preuve par témoins* : elle prescrit de n'accueillir un témoignage que s'il est donné sous la foi du serment ; de préférer celui d'un *honestior*, parce qu'il est trop facile d'obtenir à prix d'argent celui d'une personne de basse condition. En aucun cas, depuis Constantin, le témoignage d'une seule personne ne suffit : *testis unus, testis nullus*. Justinien est plus exigeant ; lorsqu'une dette a été constatée par écrit, le débiteur n'est pas admis à prouver sans écrit qu'il a fait un payement total ou partiel, à moins qu'il ne produise 5 témoins honorables attestant sous serment que le payement a eu lieu en leur présence (4).

La *preuve par titres* a une valeur décroissante suivant qu'il s'agit de titres enregistrés dans les actes d'un magistrat compétent, d'actes notariés ou d'actes privés. Les premiers ont une valeur absolue et la conservent indéfiniment (5) ; les seconds rédigés par un *tabellio* sur la place publique, font foi en justice lorsque celui qui a écrit l'acte affirme

(1) *Inst.*, IV, 13 ; 14. Il a supprimé l'exception annale qui naît des contrats conclus en Italie (*C.*, VII, 40, 1 pr.). On a fort peu de renseignements sur cette exception, à laquelle font allusion quelques fragments d'Ulpien découverts en Egypte. Cf. Lenel, *Sav. Z.*, XXV, 368 ; XXVII, 71 ; *E. P.*, 486.

(2) Gratian, *C. Th.*, II, 2, 1 ; Honor., *C.*, VIII, 36, 13 ; Just., *C.*, III, 1, 16 ; 5, 1 ; *Inst.*, IV, 13, 11.

(3) Diocl., *C.*, VIII, 35, 8. Cette innovation est prouvée par l'interpolation de *C.*, VII, 50, 2 ; d'après ce texte, la règle remonterait pour les exceptions péremptoires à l'édit perpétuel, mais la phrase suivante rappelle la nécessité d'une restitution *in integrum*. Gaius, IV, 125. Cf. Lenel, I, 143.

(4) *C. Th.*, XI, 39, 3 ; *C.*, IV, 20, 9 ; 18 ; *Nov.*, 90, c. 2 et 8. Cf. *P. Münich*, 6, l. 59.

(5) Honor., *C.*, VII, 52, 6 (Afrique).

sous serment qu'il est authentique (1). Les actes privés n'ont de valeur que si l'on a pris les précautions nécessaires pour en assurer la sincérité et pour éviter les falsifications : ils doivent être écrits devant témoins et porter la *subscriptio* du rédacteur et des témoins (2).

Les modes de preuve ont été élargis par Justinien. L'interrogation, le serment, l'aveu *in jure* ont été transformés dans leur nature et dans leurs effets (3). On a créé des présomptions légales qui exonèrent le demandeur du fardeau de la preuve.

2. Interrogation en justice. — L'interrogation *in jure* n'est plus le préliminaire de certaines instances. La réponse du défendeur n'est plus sanctionnée par une action : les actions interrogatoires sont tombées en désuétude. Nul n'est tenu de répondre avant que le procès ne soit engagé. L'interrogation est admise au cours du procès, en toute matière ; elle peut être faite par le défendeur comme par le demandeur : elle sert à éclairer le juge. C'est un mode de preuve (4). Le magistrat lui-même peut, par ses questions, provoquer la révélation de faits de nature à faciliter la preuve (5).

3. Serment nécessaire. — Depuis la suppression de la division des instances en deux phases (*in jure* et *in judicio*), le serment *in jure* a perdu sa fonction habituelle : il ne sert plus à exclure l'exercice de certaines actions lorsque le défendeur consent à jurer ou à payer. Au lieu d'être déféré avant l'organisation de l'instance, il a lieu au cours du procès. Il est admis en toute matière (6). Il peut être déféré par le défendeur ou par le demandeur, à ses risques et périls (7). Le serment est devenu un mode de preuve. Il a, d'après la loi, une valeur absolue (8); il est décisoire comme le pacte de serment. Le juge doit conformer sa sentence au serment prêté. C'est là une grave innovation : pour les classiques, jurer et prouver sont deux choses différentes qu'on oppose l'une à l'autre (9).

(1) Constantin., *C.*, IX, 29, 21, 1 ; IV, 20, 16 ; *Nov.*, 44, c. 1, 2 ; 1, 4. Sous Justinien, l'acte notarié n'a de valeur que s'il est *completum et absolutum* (*C.*, IV, 21, 17). Ces mots désignent une double déclaration écrite par le tabellion et certifiant qu'il a rédigé l'acte et qu'il en garantit l'exactitude; que les parties l'ont approuvé (Karlowa, I, 1001). D'après Brunner (*Zur Rechtsg. des röm. und germ. Urkunde*, I, 78), l'*absolutio* consisterait dans la remise du titre par l'une des parties à l'autre. Mais cette acception ne paraît conforme ni à l'explication des Basiliques (XXI, 1, 76, 2), ni surtout à la formule des actes : *Complevi et absolvi*.

(2) Règles spéciales pour les titres de créance et les quittances (Just., *C.*, IV, 2, 17 ; *Nov.*, 73, c. 1, 2).

(3) Cette transformation a été longtemps méconnue par suite de l'interpolation des textes classiques ; elle a été mise en lumière par Biondi, *Act. arbitr.*, 39.

(4) *D.*, XI, 1, 1, 1 (interpolé) : *Hodie... nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere... Ad probationes litigatoribus sufficiunt ea quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices vel in hereditatibus, vel in aliis causis quae in causis vertuntur.*

(5) Constantin., *C. Th.*, II, 18, 1 ; *C.*, III, 1, 9.

(6) Ulp., *D.*, XII, 2, 34 pr. : interpolé, car si le serment eût été admis en toute matière, Ulpien n'aurait pas eu besoin de dire qu'il s'appliquait aux *operae*. Cf. Stephan., *Basil.*, XXII, 33, 5, sc. 1.

(7) Just., *C.*, IV, 1, 12, 2 : *Generaliter de omnibus juramentis quae in litibus offeruntur... vel a partibus*. Cela s'applique même à l'action *rerum amotarum* (*D.*, XXV, 2, 11, 2). Cf. Stephan., *loc. cit.*, sc. 2.

(8) Même à l'égard des tiers (Ulp., *eod.*, 13 pr., où la fin du texte contredit la règle posée par Julien au début : *Et ait... nec ei prodesse quod adversus alterum libertus jurasset*).

(9) Paul, *D.*, XXV, 2, 14 ; Ulp., *D.*, XII, 2, 11, 3.

Le serment, déféré en justice par l'une des parties, présente une particularité qui lui a fait donner le nom de serment nécessaire (1). L'adversaire est forcé de le prêter ou de le référer. Le refus est considéré comme un aveu (2). En cela il diffère du serment extrajudiciaire qui est facultatif ou volontaire. Le serment nécessaire est d'ailleurs soumis à l'approbation du juge. Tant qu'elle n'est pas donnée, celui qui a déféré le serment peut retirer sa proposition et faire valoir d'autres modes de preuve; mais il ne peut pas changer d'avis (3).

Le recours au serment donne lieu ordinairement à un débat qui se termine par un jugement interlocutoire. Ce jugement peut être frappé d'appel par celui des plaideurs qui a refusé de prêter le serment déféré (4). Si le juge d'appel lui donne raison, il infirmera la sentence définitive rendue par le premier juge et statuera à nouveau sur le fond. — Le jugement interlocutoire est ici exécutoire nonobstant appel : on craint que la partie qui doit prêter le serment ne vienne à mourir; on veut éviter à son héritier de prêter serment sur des faits qu'il ignore. Ce serment ne pourrait pas avoir la valeur de celui du principal intéressé. L'héritier ne doit jurer que sur les faits qui sont à sa connaissance (5).

Si la partie à qui le serment est déféré est absente, son *procurator* ne peut jurer à sa place : le juge examinera s'il y a lieu de lui donner un délai pour venir en personne, ou de l'autoriser à faire dans sa province une déclaration enregistrée dans les actes du magistrat local. Dans ce dernier cas l'adversaire ou son fondé de pouvoir a la faculté d'assister à la déclaration; l'office du juge décide si les frais seront à la charge des deux parties ou de l'une d'elles (6).

4. Serment déféré d'office. — Le serment peut être déféré d'office par le juge en cas d'insuffisance de preuves (7). C'est notre serment *supplétoire*. Il s'est introduit dans la pratique au Bas-Empire. Justinien constate qu'il était assez répandu de son temps (8); il l'a réglementé. A l'époque classique, le juge devait absoudre le défendeur lorsque les preuves fournies par le demandeur ne lui paraissaient pas suffisantes. Tout au plus pouvait-il prononcer un *non liquet*, lorsque l'affaire ne lui paraissait pas claire; elle était alors soumise à un autre juge (9).

(1) La distinction des trois sortes de serment, nécessaire, volontaire, judiciaire est étrangère aux classiques : elle ne se trouve que dans la rubrique du Digeste (XII, 2).

(2) Paul, *eod.*, 38.

(3) Just., *C.*, IV, 1, 12 pr., 1 : *Sacramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit et a judice adprobatum...*

(4) *Ibid.*, 12, 2-3. Cf. *Basil.*, XXII, 5, 53, 54.

(5) *Ibid.*, pr. : *Cum multum discrepat juramentum hereditarium a principali sacramento.* Cf. *Basil.*, XXII, 5, 54.

(6) *C.*, IV, 1, 12, 4.

(7) Gaius, *D.*, XII, 2, 31 : ... *Solent enim sæpe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit.* (interpolé : cf. Biondi, 91). Diocl., *C.*, IV, 1, 3 : *inopia probationum.* Cf. C. civ. 1366.

(8) *C.*, IV, 1, 12, pr. : *Cum jam increbuit judices... sacramentum imponere.* 12. 1 : *Ex auctoritate judicis cuicumque parti illatum.* Gaius, *D.*, XII, 2, 1, dont la fin est interpolée.

(9) Gell., XIV, 2 : *Nihil esse dubium dicebant quin absolvendus foret quem accepisse pecuniam nulla probatione solemni dicebatur.* Carac., *C.*, II, 1, 4 : *Actore non*

Le serment supplétoire a pour effet d'exonérer le demandeur du fardeau de la preuve (1), contrairement à la règle du droit classique. Le fait juré est réputé prouvé. Cependant la force probante du serment déféré par le juge est infirmée lorsqu'on découvre des documents ignorés lors du jugement. En pareil cas, l'affaire doit être jugée à nouveau (2). Il en est de même du serment déféré en justice par l'une des parties avec l'approbation du juge (3). Mais pour le serment volontaire la *retractatio causæ* n'est pas admise (4).

Le serment sur la valeur de la chose est, en droit moderne, une variété du serment supplétoire (C. civ. 1369). Aux yeux des Romains, le serment *in litem (æstimandam)* est surtout une peine pour le défendeur. Aussi l'usage n'en est-il pas restreint au cas où il est impossible de constater autrement la valeur du litige (p. 602).

En somme, chez les Byzantins, le serment est l'un des plus sûrs moyens de découvrir la vérité. Il équivaut à la preuve écrite dans les contrats et les fidéicommis (5).

5. Aveu — L'aveu est, à l'époque de Justinien, un mode de preuve dans toutes les actions tant réelles que personnelles. Il exclut l'examen du juge. Il suffit pour motiver la condamnation du défendeur : *confessus pro judicato est* (6). En matière réelle, l'aveu équivaut à la déclaration par le juge *rem actoris esse* (7). Lorsque l'objet du litige est un *incertum* ou une chose corporelle, l'aveu dispense le juge de liquider le droit du demandeur car il doit toujours avoir pour objet une quantité déterminée (8).

Les compilateurs ont étendu l'application du Sc. de Marc-Aurèle à toutes les actions et aux interdits. Le *confessus* peut dans tous les cas, comme le *judicatus*, invoquer le bénéfice du délai accordé par le Sénat pour l'exécution (p. 876).

La règle sur la force probante de l'aveu souffre quelques restrictions : le fidéjusseur, qui a promis d'assurer la comparution en justice du défendeur sans faire constater par écrit son engagement, est libéré au bout de deux mois. L'aveu fait en présence des *tabularii* ne modifie pas sa situation à moins que le fidéjusseur ne se soit obligé pour un délai

pirobante, qui convenitur... obtinebit, IV, 19, 2; Diocl., *C.*, III, 32, 28 prouvent l'interpolation de *D.*, XII, 2, 31.

(1) Paul., *D.*, XII, 2, 30 pr. ; Ulp., 5, 2.

(2) Gaius, *l. cit.*, 31 : *ex integro causam agere*. Le droit classique n'admet pas que la transaction puisse être rescindée pour ce motif. Diocl., *C.*, II, 4, 19; 29; 30.

(3) *C.*, IV, 1, 13.

(4) Gaius, *l. c.*, 31.

(5) *Inst.*, II, 23, 12; *Nov.*, 73, c. 8, 1. Le *sacramentum corporaliter præstitum* était prescrit en certains cas. (Alex., *C.*, II, 27, 1; Diocl., *C.*, III, 42, 3). Sous Justinien, il était prêté, la main sur les livres saints : *Nov.* 124, c. 1; *C.*, III, 1, 14, 1; II, 58, 2 pr. Un usage analogue existait au IIIᵉ siècle a. C. dans les pays de civilisation grecque (*P. Hal.*, 1, VII), au XXᵉ siècle a. C. en Chaldée (Cf. [illegible] Cuq, *Essai sur l'organisation judiciaire de la Chaldée*, 1910, p. 14). Au moyen âge, on prêtait serment sur un reliquaire : cf. Jobbé-Duval, *N. R. H.*, XXXIII, 583.

(6) *D.*, XLII, 2, 1.

(7) *Ibid.*, 6, 2. Sur l'interpolation de ce texte, cf. Collinet, *N. R. H.*, XXIX, 191; Giffard, *eod.*, p. 469; Biondi, *l. cit.*, 67.

(8) Ulp., *h. t.*, 6 pr., 1 : *Certum confessus pro judicato erit, incertum, non erit. Si quid incertum confiteatur... urgueri debet ut certum confiteatur.* Cf. l. Rubria, c. 20.

déterminé, ou qu'il n'ait consigné l'aveu dans un écrit. Mais dans les causes qui intéressent l'Etat, l'aveu de ce fidéjusseur fait preuve comme un écrit (1).

L'aveu ne suffit pas pour faire d'un homme libre un colon ; un écrit n'est pas plus efficace. Mais si l'écrit est confirmé par l'aveu de l'intéressé, il fait foi de son contenu (2).

6. Présomptions. — Les présomptions sont en général des indices qui rendent un fait probable, sans en prouver l'existence. Le juge ne peut en tenir compte que si l'indice est grave (3) et dans un rapport direct avec le fait à établir (4). A côté de ces présomptions que les modernes appellent présomptions de l'homme ou présomptions simples, il y a des présomptions légales : ici la loi ordonne au juge de tenir certains faits pour démontrés, sauf preuve contraire. Ces présomptions dispensent le demandeur de prouver sa prétention. Les règles sur la preuve sont dès lors interverties. Cf. C. civ. 1350, 1352.

Le droit classique n'a pas admis de présomptions légales, sauf de très rares exceptions. Telles sont la présomption de paternité et la présomption Mucienne qui ont pour but d'éviter des recherches indiscrètes pendant le mariage (p. 416 ; 178).

La présomption de survie entre *commorientes* a été consacrée par les empereurs à titre de faveur spéciale (5) ; elle n'a reçu une portée générale que dans le dernier état du droit.

Au temps de Justinien, les présomptions légales sont assez nombreuses. L'extension a été réalisée surtout par voie d'interpolation. Les compilateurs ont donné au mot *præsumptio* un sens technique qu'il n'avait pas auparavant. Chez les classiques, ce mot désigne une supposition, une croyance *(opinio)* ; ce n'est pas un mode de preuve (6). Désormais cette supposition a la valeur d'une preuve dans les cas déterminés par la loi. Ailleurs, les compilateurs ont introduit dans les textes classiques l'idée de présomption qui n'était pas dans l'original (7).

En général, les présomptions légales peuvent être infirmées par la preuve contraire (8) : tel est le cas où un créancier cancelle ou remet à

(1) Just., *C.*, VIII, 40, 27.
(2) Just., *C.*, XI, 48, 22.
(3) Pap., *D.*, XLI, 3, 44, 4 : ...*Si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi præsumptione credat.*
(4) Diocl., *C.*, III, 32, 19 : *Indicia certa quæ jure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem*.... Cf. C. civ. 1353.
(5) Hadrien ap. Tryph., *D.*, XXXIV, 5, 9, 1. Les textes classiques qui ont une apparence générale (Jav., *eod.*, 22 ; Gaius, 23 ; Tryph., 9, 4) ont été interpolés. Javolenus n'a pu invoquer une règle qui était inconnue sous Hadrien. Tryphoninus ne peut ignorer au § 2 la règle qu'il aurait posée au § 4.
(6) Diocl., *C.*, II, 42, 4 : *Falsa opinione te præsumpsisse ex probationum luce cognoveris*. Pap., *D.*, XXXI, 67, 10 : *fides communium liberorum decipiat patrem qui melius de matre præsumpserat.*
(7) Cf. Paul, *D.*, XLVIII, 10, 18, 1 et *Sent.*, III, 4, 15. La décision des classiques est conforme aux principes sur la preuve. Dans Pap., *D.*, XXIII, 3, 26 pr., les compilateurs ont ajouté la phrase *quia verisimile videbatur ;* dans Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 18 (17), 7, la question de survie qu'Ulpien n'avait pas posée.
(8) Jav., *D.*, XXIII, 3, 57 : *nisi... contrarium adprobetur*. Scæv., *D.*, XXXIV, 3, 28, 3 ; XXXII, 33, 2 ; Ulp., *D.*, IV, 2, 23 ; XXXII, 73, 3 ; Paul, *D.*, XXII, 3, 25 pr. Cf. sur l'interpolation, Ferrini, *Le presunzioni in diritto romano* (Riv. Ital., 1892, XIV, 258).

son débiteur le titre de créance (1). Parfois la preuve contraire est exclue; la présomption est alors irréfragable. Nos anciens auteurs l'appelaient *juris et de jure* pour la distinguer de la présomption *juris tantum* où la preuve contraire est admise. Tel est le cas de la présomption résultant de la remise au débiteur d'une quittance de payement : après 30 jours, la preuve contraire n'est pas admise (2).

§ 5. **Jugement.** — Trois différences séparent le droit nouveau du droit classique (3) : *a)* la condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire; elle peut avoir pour objet la chose même que réclame le demandeur. La règle s'applique, dans la mesure du possible, aux actions réelles et même aux actions personnelles qui sanctionnent une obligation de faire (4); *b)* la condamnation peut atteindre le demandeur aussi bien que le défendeur. Dans la procédure formulaire, ce n'était possible que dans quelques cas (p. 550, 6; 882, 6); avec la procédure extraordinaire, cette restriction a disparu (5); *c)* la partie qui succombe est condamnée aux dépens (6).

Les dépens comprennent le dommage causé par le procès : frais de route et frais de justice (7). Ils sont liquidés par le juge, qui peut déférer le serment à la partie gagnante. Le juge peut décider que les dépens seront compensés (8). La condamnation aux dépens doit être prononcée en même temps que la décision sur le fond, sinon les frais sont à la charge du juge (9).

Sous Justinien, les peines contre les plaideurs téméraires ont en partie disparu : il n'y a ni stipulations réciproques, ni *contrarium judicium*. L'action au dixième contre la chicane, déjà en désuétude, est supprimée. Il ne reste que la peine du double dans quelques cas (10) et l'infamie. On s'efforce de restreindre l'esprit de chicane par des moyens d'une portée générale : le serment *de calumnia* et l'obligation pour le perdant de payer les frais du procès (11).

Le serment contre la chicane a changé de caractère : de facultatif il est devenu obligatoire. Il est imposé aux deux parties et même à leurs avocats (12). Il est d'ordre public. La Nov. 124, c. 1, oblige en outre

(1) Mod., *D.*, XXII, 3, 24; Diocl., *C.*, IV, 9, 2. Cf. C. civ. 1350, 2°; 1352, 2°.

(2) Just., *C.*, IV, 30, 14, 2. Cf. sur la priorité de naissance de jumeaux de sexe différent, Ulp., *D.*, XXXIV, 5, 11, 1.

(3) Il y a aussi des différences de forme : 1° le jugement doit être rédigé par écrit (*libellus* ou *periculum*, Valent., 1, *C. Th.*, IV, 17, 1), en latin ou en grec (Arcad., *C.*, VII, 45, 12); 2° lecture doit en être donnée par le magistrat en personne, à moins qu'il ne soit *illustris* (*C.*, VII, 44, 2); 3° le jugement une fois rendu ne peut plus être modifié (*C. Th.*, 17, 5). — Au IIe siècle, le jugement devait être rédigé en latin (Tryph., *D.*, XLII, 1, 48).

(4) *Inst.*, IV, 6, 32; Just., *C.*, VII, 45, 14 : *Aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare*.

(5) L'intérêt de la question se présente en cas de demande reconventionnelle. Justinien (*C.*, VII, 45, 14) rappelle, d'après Papinien, que le demandeur pouvait être condamné *si e contrario (judicio) obnoxius fuerit inventus*.

(6) Just., *C.*, III, 1, 13, 6. Dans quelques cas seulement on a conservé la peine du double : *Inst.*, IV, 16, 1; Nov., 18, c. 8, 9.

(7) Just., IV, 16, 1 : *damnum et impensas litis*. Cf. C. pr. 130.

(8) Theod., *C.*, VII, 51, 3; Zeno, *cod.*, 5 pr.; Just., *C.*, III, 1, 13, 6.

(9) Nov. 82, c. 10. Cf. C. Pr. 131.

(10) *Damnum injuria datum*, legs pieux en cas d'*infitiatio*.

(11) *Inst.*, IV, 16, 1.

(12) *C.*, II, 59, 2 pr. La règle s'applique aux procès soumis à un arbitre : *C.* 4

chaque plaideur à jurer qu'il n'a rien donné ni promis au juge.

Le serment doit être prêté dans le prétoire où sont exposés les saints Évangiles après la *litis contestatio* (1). Le refus de jurer entraîne la perte du procès pour le demandeur; il est considéré comme un aveu, s'il s'agit du défendeur.

§ 6. **Frais de justice.** — Pendant longtemps la justice a été gratuite : les auxiliaires du magistrat recevaient de l'État leur rémunération (2). Mais l'insuffisance de la solde qui leur était allouée donna lieu à des abus; les *officiales* prirent l'habitude d'exiger des plaideurs des gratifications pour les divers actes de la procédure. Ces actes étaient assez nombreux, car il était d'usage de dresser procès-verbal des déclarations des parties et des décisions des juges, à l'aide des notes recueillies à l'audience (3), et de les conserver à la disposition des intéressés. Vainement Constantin essaya-t-il de mettre un terme à ces prétentions illégales par la menace de peines très sévères ; le désordre administratif ne permit pas de réprimer les abus, et telle était la pénurie du trésor, qu'on finit par autoriser une pratique qui dispensait l'État d'augmenter le salaire des gens de justice (4). On se contenta de la régulariser en fixant la taxe des actes judiciaires (5); Justinien y ajouta le salaire des *judices pedanei* (6).

CHAPITRE IV

Exécution des jugements.

I. Ancien droit et droit classique.

Les jugements, rendus sous le régime des actions de la loi ou de la procédure formulaire, ne sont pas directement exécutoires. Ils font naître, au profit de celui qui a obtenu gain de cause, une simple obligation.

Au temps des actions de la loi, cette obligation est sanctionnée par

Cf. *C.*, III, 1, 14, 1 : l'avocat qui se retire, parce qu'il reconnaît que la cause n'est pas bonne, ne peut être remplacé.

(1) *Ibid. : post narrationem et responsionem. Ibid.*, 2, 9,

(2) En 710, dans la colonie de Genetiva Julia, les scribes recevaient un salaire de 1 200 sesterces (*C. I. L.*, II, 5439, c. 62). A Rome, les scribes formaient une corporation investie de la personnalité juridique (p. 117, 13).

(3) Un délai de 3 à 5 jours était accordé pour la rédaction (*C. Th.*, I, 12, 1).

(4) La profession devint très lucrative (Lyd., *De magistr.*, III, 25).

(5) C'étaient les sportules, dont le nom rappelle l'époque où les patrons, ne pouvant inviter à leur table tous leurs clients, leur remettaient leur ration dans une corbeille *(sportula)*. Les sportules des gens de justice consistaient en denrées. Une inscription du règne de Julien (361-363) fait connaître les taxes à percevoir au tribunal du gouverneur de Numidie : ces taxes sont fixées en mesures de blé avec faculté d'en donner la valeur en argent (*CIL.*, VIII, 17896; Girard, *Textes*, 182). En Orient, la taxe était réduite pour les soldats, les clercs et autres privilégiés (Anast., *C.*, XII, 36, 18, 2; Marc., *C.*, I, 3, 25, 2; Leo, 33, 5). Etaient exempts de la taxe les pauvres (*Nov.*, 17, c. 3), les avocats (Justin., *C.*, II, 8, 2, 6), les évêques, l'église (*Nov.*, 123, c. 28); la partie adverse jouissait de la même faveur (Anast., *C.*, VII, 51, 6; XII, 19, 12, 4).

(6) *Nov.*, 82, c. 9.

la *manus injectio judicati*. Le titulaire, après avoir fait constater l'existence du jugement, a le droit de procéder à l'exécution contre la personne, pour le montant soit de la créance s'il s'agit d'une dette d'argent, soit de la *litis æstimatio* si la dette est d'une autre espèce (1) ou s'il s'agit d'une action réelle (2).

Sous le régime de la procédure formulaire, l'obligation résultant d'un jugement est sanctionnée par l'action *judicati* (3). Cette obligation se forme quelle que soit la nature, réelle ou personnelle, de l'action exercée; elle est toujours contractuelle, même si la condamnation est motivée par un délit; elle est parfois garantie par des cautions (*judicatum solvi*). L'obligation *judicati* n'est pas immédiatement exigible : les Douze Tables et l'édit du Préteur accordent au *judicatus* un délai de 30 jours pour se procurer l'argent (4). Le payement ne peut être valablement fait que *per æs et libram*, sans doute par un souvenir de l'époque où le jugement donnait lieu à la *manus injectio judicati* (5).

A défaut de payement, le *judicatus* est passible de l'action *judicati* qui entraîne une condamnation au double (6). Cette action, qui paraît avoir été établie par le Préteur (7), confère à celui qui a obtenu jugement le droit de procéder à l'exécution sur la personne et sur les biens.

§ 1er. Exécution sur la personne. Bénéfice de cession de biens. — Le débiteur est conduit devant le magistrat, puis attribué au demandeur, qui est autorisé à l'emmener, ou à l'enfermer dans une prison privée (8) jusqu'à ce qu'il ait payé ou désintéressé son créancier par le produit de son travail. C'est la servitude pour dettes qui subsiste au temps des Antonins. Malgré l'adoucissement des mœurs, la loi n'a pas encore osé la proscrire; elle s'est contentée d'accorder aux débiteurs la faculté de s'y soustraire par la *cession de biens* (9). De son côté, le Pré-

(1) Il en était ainsi au VIIe siècle d'après la loi Acilia : *CIL*, I, 198, 58.

(2) P. 295, 1. D'après certains auteurs, la condamnation avait lieu *in rem ipsam* (Jobbé-Duval, I, 20; Mitteis, I, 30). Gaius, IV, 48, devrait être corrigé.

(3) Gaius, III, 180; Cels. ap. Ulp., *D.*, XLVI, 2, 8, 3; Ulp., *D.*, XLII, 1, 4, 7. Cette obligation se substitue à celle qui résulte de la *litis contestatio* si le *judicium* est *legitimum*, l'action personnelle et *in jus*; sinon elle coexiste avec le droit déduit en justice, mais elle est seule efficace, car le droit du demandeur est paralysé par une exception (Gaius, IV, 107).

(4) Gaius, III, 78. Cf. Paul., *D.*, XLVI, 7, 1; Ulp., *D.*, XLII, 1, 2; Mod., *eod.*, 29; Gaius, 7. Le *judicati tempus* peut être, suivant les cas, réduit ou prorogé par le magistrat, mais non par le juge (Ulp., 2; 4, 5). Cf. Marcel., *D.*, XLIV, 3, 2; Ulp., *D.*, II, 12, 2.

(5) Gaius, III, 173.

(6) Gaius, IV, 9; Ulp., *D.*, XLII, 1, 6, 3. En certains cas, l'action est au simple lorsque le doute porte, non sur l'existence du jugement, mais sur la capacité du demandeur qui, par exemple, n'a pas qualité pour agir comme *procurator*. Il n'y a pas ici *infitiatio litis* (Ulp., *D.*, XLIV, 1, 2, 4). Cf. Wenger, *Actio judicati*, p. 21.

(7) D'après Lenel, II, 183, il y avait deux formules, l'une civile lorsque le *judicium* était *legitimum*, l'autre prétorienne lorsqu'il était *imperio continens*.

(8) Cic., *p. Flac.*, 20; loi Rubria, c. 21; Sen., *De ben.*, III, 8. Le prisonnier est, à certains égards, assimilé à un esclave (Gaius, III, 199).

(9) Carac., *C.*, VII, 71, 1. La loi Julia *de bonis cedendis* n'est peut-être qu'un chapitre de la loi Julia *judiciaria* de César ou plutôt d'Auguste. Elle fut appliquée d'abord devant les tribunaux romains, puis étendue aux tribunaux provinciaux (Diocl., *eod.*, 4 pr.). La cession de biens enlève au débiteur l'exercice de ses droits (Ulp., *D.*, IV, 8, 17 pr.) : elle ne confère pas la propriété aux créanciers qui doivent faire vendre les biens pour se payer sur le prix; mais cette *bonorum venditio* n'entraîne pas l'infamie (Alex., *C.*, II, 11, 11). La cession est aussi un moyen d'échapper aux liturgies : *CPR.*, 20; *Oxy.*, 1405. Cf. Mitteis, *Chrest.*, 375; Jouguet, *Vie municip.*, p. 412.

teur a pris des mesures dans l'intérêt du prisonnier qui conserve la qualité d'homme libre (1).

§ 2. **Exécution sur les biens.** — L'exécution sur la personne est restée usitée pendant toute la période classique (2). Mais elle était impossible soit vis-à-vis du débiteur qui a fait cession de biens, soit à l'égard du *judicatus* absent ou qui se cache. Dans ces deux cas et dans tous ceux où le créancier renonce à l'exécution sur la personne, on a recours à l'exécution sur les biens. Celle-ci a conservé un caractère exceptionnel; elle est du ressort de l'*imperium* et non de la *jurisdictio* : elle ne peut être ordonnée par les magistrats municipaux.

L'exécution sur les biens fut introduite par le Préteur Rutilius pour combler une lacune du droit civil. Au VIIe siècle, alors que Rome avait étendu son empire bien en dehors des limites de la ville, il était facile au débiteur d'éviter, par la fuite ou en se cachant, l'exécution sur la personne qui exigeait sa comparution devant le magistrat : pour que le créancier ne fût pas désarmé, l'Édit l'autorisa à faire saisir et vendre en bloc les biens du *judicatus* (3). La *bonorum venditio* ne fut d'ailleurs que l'extension au profit des particuliers d'une mesure déjà admise au profit de l'État, la *bonorum sectio*. Elle fut ensuite étendue aux cas de l'*indefensus* et de l'*in jure confessus*, du débiteur qui a fait cession de biens, ou qui s'est donné en adrogation, lorsque l'adrogeant ne veut pas défendre à l'action des créanciers (4). On l'appliqua également au cas où le débiteur est mort sans laisser d'héritier ou autre successeur universel tenu des dettes.

La *bonorum venditio* doit être précédée d'un envoi en possession de tous les biens du débiteur. Cette *missio in bona* a lieu sur la requête d'un des créanciers : elle profite à tous, même à ceux qui ne l'ont pas demandée (5). Elle leur confère la garde et l'administration des biens pendant une durée de 30 ou de 15 jours, suivant que le débiteur est vivant ou mort (6). Pendant ce temps, les créanciers doivent faire apposer des affiches dans les lieux les plus fréquentés *(proscriptio bono-*

(1) Obligation de pourvoir à la nourriture et à l'entretien du prisonnier (ULP., *D.*, L, 16, 43, 45; GAIUS, *eod.*, 44; *D.*, XLVIII, 15, 4), sanctionnée par une action pénale directe ou utile, ou une action d'injures (LIC., *D.*, XLII, 1, 34).

(2) Les classiques ont commenté les clauses de l'Édit *qui, nisi sequantur, ducantur* et *qui neque sequantur neque ducantur*. Cf. LENEL, II, 142, 147. On doit rapprocher ces dispositions de celles d'un édit du préfet d'Egypte (p. 184).

(3) Si la procédure est nouvelle, l'idée de considérer les biens d'un débiteur comme affectés au gage de ses créanciers est ancienne. Elle s'est accentuée après la loi Pœtelia (p. 414, 1).

(4) GAIUS, IV, 35; III, 78.

(5) LAB., ap. PAUL, *h. t.*, [*D.*, XLII, 5], 12 pr.

(6) GAIUS, III, 79. On accorde au débiteur vivant un délai plus long pour lui donner une chance de plus d'éviter les conséquences de la *b. v.* Il y a des cas où la vente n'est pas immédiatement autorisée : lorsque l'*indefensus* est un pupille ou un absent pour le service de l'Etat (ULP., *D.*, XLII, 4, 5 2; PAUL, *eod.*, 6, 2). Dans ces deux cas, le Préteur nomme un curateur aux biens. Il en était de même sans doute lorsque les créanciers avaient intérêt à surseoir à la vente. Il ne faut pas confondre ce curateur aux biens mentionné dans la loi agraire de 643 avec le curateur *bonis distrahendis* qui apparaît au IIe siècle et dont l'usage s'est généralisé au Bas-Empire après la disparition de la *b. v.*: notre curateur ne peut vendre que les choses susceptibles de se détériorer; il est comme une sorte de représentant chargé d'exercer les actions du débiteur ou de défendre aux poursuites dirigées contre lui : *eisque actiones et in eos utiles competunt* (ULP., *D.*, XLII, 7, 2, 1).

rum) pour rendre public le dessaisissement du débiteur, avertir les créanciers non prévenus, attirer des acheteurs (1). A l'expiration du délai, le débiteur encourt l'infamie et ne peut plus défendre à une action sans fournir caution (2) ; les créanciers sont convoqués par le magistrat pour choisir parmi eux un *magister* ou syndic chargé de procéder à la vente, dans les 10 jours ou 5 jours subséquents. Les biens sont adjugés au plus offrant (3). Si plusieurs personnes font des offres égales, on préfère celle qui a la qualité de créancier, et à défaut de créancier, un cognat du débiteur, s'il y en a (4).

Le prix de la vente est réparti entre les créanciers par le syndic dans l'ordre ci-après : les créanciers *hypothécaires*, suivant le rang de leur hypothèque et s'ils ont donné au syndic mandat de vendre; sinon, ils conservent leurs droits contre l'acheteur et contre les tiers détenteurs de la chose hypothéquée; — les créanciers *privilégiés*. Le privilège est une faveur accordée par la loi (5) à certains créanciers (6) ; c'est le droit d'être payé sur le prix de la vente des biens du débiteur par préférence aux créanciers chirographaires. En général, ce droit est attaché à la créance (7) ; il peut être invoqué par le créancier et ses héritiers ; parfois, cependant, il est personnel au créancier : il tient uniquement à la qualité sans égard à la cause de la créance (8); — les créanciers *chirographaires*. On donne ce nom aux créanciers dont le droit est, suivant l'usage, constaté par un écrit signé par le débiteur, et plus généralement à tous ceux qui ne peuvent invoquer un droit de préférence (9). Les créanciers chirographaires ne reçoivent le plus souvent qu'une partie de ce qui leur est dû, un dividende proportionnel au montant de leur créance et au produit de la vente. Ils ont le droit de l'exiger du syndic (10), mais non du *bonorum emptor* qui n'a pas traité avec

(1) Cic., *p. P. Quint*., 15. La publicité s'appliquait aussi sans doute au cahier des charges *(lex bonorum vendendorum)* rédigé par le *magister* (Theoph., III, 12 pr.).

(2) Table d'Héraclée, l, 116-117 ; Gaius, IV, 102.

(3) Ordinairement à celui qui offre de payer aux créanciers le plus fort dividende (Theoph., *l. c.*) Divers textes supposent que la *b. v.* est faite pour un prix supérieur au montant des créances (Paul, *h. t.*, 6 pr.; Ulp., *D.*, XLII, 4, 7, 11).

(4) Gaius, *h. t.*, 16. Cic., *Verr.*, II, 54, 142.

(5) La plupart des privilèges paraissent établis par l'Édit (*D.*, XXVII, 10, 15, 1); les autres ont été consacrés par l'usage ou par les empereurs (*h. t.*, 24, 1-2).

(6) La date de la créance n'a ici, en général, aucune importance : la préférence se détermine d'après le degré de faveur accordé à chaque espèce de créance. Paul, *h. t.*, 32, 5 : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa, et si plures ejusdem tituli fuerunt, concurrent, licet diversitates temporis in his fuerunt.*

(7) Créance des frais funéraires (*id.*, 17 pr.); de la femme en restitution de sa dot (p. 184, 6); des personnes en tutelle ou en curatelle contre leur tuteur ou curateur (p. 217; Paul, *D.*, XXVII, 10, 15, 1); du capitaliste qui a prêté de l'argent pour reconstruire un édifice (p. 28, 2), ou pour construire, armer ou acheter un navire (*h. t.*, 26,), qui a fait un dépôt irrégulier chez un banquier (*D.*, XVI, 3, 8); du fisc (Ulp., *D.*, XLIX, 14, 6); de certaines cités (Plin., *Ep.* X, 109-110). Le créancier dont l'argent a profité à un créancier privilégié est subrogé à son privilège (*h. t.*, 24, 3).

(8) La distinction des *privilegia personæ* ou *causæ* n'a trait qu'à la transmissibilité aux héritiers (Mod., *D.*, L, 17, 196). Quant aux ayants cause à titre particulier, voir p. 640, 11. Sont personnels les privilèges de la femme, des personnes en tutelle ou curatelle, du fisc.

(9) Paul, *h. t.*, 38, 1.

(10) Ce droit est sanctionné par l'action *mandati* s'ils ont pris part à la nomination du syndic, sinon par l'action de gestion d'affaires, si le syndic connaissant

eux (1). Pour le surplus, ils conservent leur recours contre leur débiteur s'il revient à meilleure fortune.

La *bonorum venditio* fait de l'acquéreur un successeur à titre universel du débiteur. Le *bonorum emptor* est assimilé à un héritier prétorien *(bonorum possessor)*; comme lui, il n'a que l'*in bonis*, mais il acquiert la propriété quiritaire par usucapion (2). De même, il n'acquiert pas de plein droit les créances et n'est pas tenu directement des dettes. Il a un interdit *(possessorium)* pour se faire mettre en possession des choses corporelles; il exerce les actions du débiteur soit par une formule à transposition de personnes, la formule Rutilienne, soit par une action fictice, l'action Servienne, dans laquelle on le traite comme un héritier (3). Mais entre le *bonorum emptor* et le *bonorum possessor*, il y a une différence; le premier ne représente le débiteur que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a promise à la masse des créanciers; pour l'excédent, le débiteur n'est pas libéré; il peut être poursuivi en raison de ses engagements antérieurs à la vente; on lui accorde seulement pendant un an le bénéfice de compétence, à moins qu'il n'ait été de mauvaise foi (4).

§ 3. ***Pignus ex causa judicati captum***. — La saisie d'un gage était depuis longtemps l'un des modes de coercition employés par les magistrats : on l'a fait servir à l'exécution des jugements dans la procédure *extra ordinem* (5), et l'usage en a été réglementé par Antonin le Pieux, puis par Caracalla (6). A défaut de payement dans les deux mois, les

leur droit a agi dans leur intérêt. Les créanciers inconnus, qui se présentent après la répartition, ont une action *in factum* contre les créanciers qui, grâce à leur absence, ont reçu un trop fort dividende (Paul, *D.*, XVII, 1, 22, 10; cf. Jul., *D.*, XLII, 7, 5).

(1) Il en serait autrement si la vente avait eu lieu à la requête d'un créancier agissant contre un *indefensus*. La nomination d'un syndic n'a pas ici de raison d'être; le créancier non payé exerce une action utile (Gaius, III, 81) contre le *bonorum emptor* qui peut contester la créance, comme le débiteur l'aurait fait.

(2) Gaius, III, 80, 81. Il en était autrement du *bonorum sector* qui acquérait directement la propriété quiritaire; mais c'est une question discutée de savoir s'il était de plein droit tenu des dettes. Dans un cas spécial, celui d'une vente *ex lege prædiatoria*, le débiteur de l'Etat conservait le droit de recouvrer par usucapion la propriété des choses dont il gardait ou reprenait la possession. Cette usucapion, qui avait lieu sans juste titre ni bonne foi, s'opérait par deux ans pour les immeubles, un an sans doute pour les meubles : *usureceptio ex prædiatura* (p. 644).

(3) Gaius, IV, 35. Suivant l'opinion commune, l'action Servienne se donne à l'acheteur des biens d'un mort, l'action Rutilienne dans le cas contraire. Le doute vient de ce que l'action fictice est habituellement présentée comme un progrès par rapport à la formule à transposition de personnes.

(4) Venul., *D.*, XLII, 8, 25, 7 : *Prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo qui exutus est bonis quam pœnam*.

(5) Peut-on, par une clause spéciale, convenir qu'à défaut de payement à l'échéance, le créancier pourra saisir les biens de son débiteur comme en vertu d'un jugement? Cette clause, usitée en Grèce, conférait au créancier une sorte d'hypothèque générale. Divers rescrits paraissent y faire allusion : tel le rescrit de Sévère et Caracalla (*C.*, VIII, 13, 3) qui a joué un rôle important au moyen âge en permettant aux glossateurs de justifier le droit du créancier de se faire justice, lorsqu'il avait conclu avec son débiteur un *pactum de ingrediendo*. Dautres rescrits montrent le créancier imprimant son cachet sur les biens du débiteur comme signe de son droit de gage (Prob., *C.*, II, 16, 1 ; *Nov.*, 60 pr., c. 1). Cet usage est réprouvé par la loi, mais il y a au moins un cas où il est licite : pour la créance de la femme en restitution de sa dot. Edit de Léon, préfet du prétoire sous Justinien : *Basiliques*, XXVIII, 9, 73; cf. Ed. Cuq, *L'apokèryxis*, p. 59.

(6) Callist., *D.*, XLII, 1, 31. On saisit d'abord les meubles, à défaut, ou en cas

biens sont vendus aux enchères par les soins des *officiales* qui ont fait la saisie. S'il ne se présente pas d'acheteur offrant un prix suffisant, le créancier peut se rendre adjudicataire, ou demander au magistrat que la chose lui soit livrée en payement de ce qui lui est dû : dans le premier cas seulement il conserve le droit de réclamer l'excédent de sa créance sur le prix ; dans le second il est censé avoir transigé (1).

L'application générale du *pignus ex causa judicati captum* marque un progrès notable dans l'histoire des voies d'exécution : limiter la saisie et la vente aux objets nécessaires pour assurer l'exécution du jugement était le meilleur moyen de concilier le droit du créancier avec l'intérêt du *judicatus* (2). Il n'est pas surprenant que la *bonorum venditio* ait disparu avec la procédure formulaire (3) : elle avait l'inconvénient d'obliger à saisir l'entier patrimoine du *judicatus*, quel que fût le montant de sa dette.

II. Droit du Bas-Empire

Les jugements rendus par les magistrats sont exécutoires par la force publique : tel est le principe qui a de tout temps été observé dans la procédure extraordinaire. L'exécution ne peut avoir lieu que 2 mois, sous Justinien 4 mois après le jugement. Les voies d'exécution varient suivant l'objet de la condamnation et la situation du débiteur (4).

§ 1er. **Exécution en nature.** — Si le jugement ordonne de livrer une chose, de la restituer ou de l'exhiber, l'exécution est assurée par un *officialis* du magistrat (5). Si la condamnation est pécuniaire, le magistrat fait saisir un ou plusieurs des biens du condamné pour servir de gage au créancier.

§ 2. **Bonorum distractio.** — La saisie générale des biens du *judicatus* a été conservée, mais avec un caractère nouveau, dans deux cas : insolvabilité, cession de biens.

1° Lorsque plusieurs créanciers ont obtenu jugement contre un débiteur insolvable, ils peuvent demander d'être envoyés en possession de ses biens, à titre conservatoire. C'est ce qui a lieu ordinairement lorsque le débiteur se cache pour éviter la contrainte par corps (6). Cet envoi en possession profite à tous les créanciers, à ceux même qui n'ont pas encore obtenu jugement, pourvu qu'ils fassent liquider leurs créances;

d'insuffisance, les immeubles, enfin les créances non contestées (Ulp., *eod.*, 15, § 2, 8, 9). Constantin, puis Honorius, ont défendu, dans un intérêt fiscal, de saisir séparément les esclaves, bœufs ou instruments affectés à la culture (*C.*, VIII, 17, 7-8).

(1) Ulp., *D.*, XXI, 2, 50; XLII, 1, 15, 3; Alex., *C.*, VIII, 22, 2; Gord., *eod.*, 3; Carac., *C.*, VII, 53, 3. Le débiteur est garant de l'éviction dans la mesure du prix et des intérêts, déduction faite de la valeur des fruits perçus qu'il est dispensé de restituer (Gord., *C.*, VIII, 45, 13; Herm., *D.*, XXI, 2, 74, 1).

(2) Ce *pignus captum* qui exige une prise de possession effective ne confère pas un droit réel : on ne saurait donc y voir l'origine de notre hypothèque judiciaire (C. civ. 2123). Cf. de Loynes, *Traité des hypothèques*, II, 282.

(3) *Inst.*, III, 12 pr.; cf. Théoph., *ad h. l.*

(4) *C.*, VII, 54, 2; 3, 1. Un autre procédé consiste à défendre au *judicatus* d'aliéner un de ses immeubles. M. Aur. ap. Paul., *D.*, L, 12, 8 : *judices ... prohibebunt distrahi fundum quem in territorio Gabinorum habet.*

(5) Valent. I, *C. Th.*, XI, 36, 25 : *Exsecutoris opera.* Nov., 123, c. 1. Cf. Ed. Cuq, *Rev. de philol.*, 1911, p. 352.

(6) Just., *C.*, VII, 72, 10. La *bonorum distractio* était, à l'époque classique, une faveur accordée par un Sc. aux débiteurs de rang sénatorial (*D.*, XXVII, 10, 5, 9).

on leur accorde un délai de 2 ou 4 ans, suivant qu'ils habitent ou non la même province que les envoyés en possession, après quoi ils n'ont de recours que contre le débiteur. Dans l'intervalle, les biens sont administrés, sur la demande de la majorité des envoyés en possession, par un curateur nommé par le magistrat (1). A l'expiration du délai de 4 ans, le magistrat fait vendre les biens par les soins du curateur (2).

Cette vente n'a plus lieu en bloc comme l'ancienne *bonorum venditio* : c'est une vente en détail *(distractio)* au plus offrant. Il n'y a plus un acheteur unique, traité comme un successeur universel du débiteur commun, mais une série d'acheteurs qui sont libérés par le payement du prix entre les mains du curateur. Les créanciers n'ont contre eux aucune action ; c'est pour cela qu'on oblige ceux qui n'ont pas obtenu jugement à faire liquider leurs droits avant la vente, en présence des envoyés en possession (3). — L'organisation de la *bonorum distractio* serait satisfaisante si le délai qui sépare l'envoi en possession de la vente n'enlevait aux créanciers tout espoir d'obtenir une prompte satisfaction. Il y a là une mesure peu favorable au crédit.

2° Le droit d'invoquer le bénéfice de cession de biens a été étendu par Justinien aux fils de famille (4), mais, dès le IVe siècle, il a été restreint dans l'intérêt du fisc, puis de tous les créanciers : on le refuse aux débiteurs qui sont devenus insolvables par leur faute en dissipant follement leurs biens, ou qui ont caché des objets précieux pour les soustraire à leurs créanciers (5). La cession de biens est réservée aux débiteurs qui prouvent en justice que leur insolvabilité est due à un cas de force majeure, ou qui obtiennent de l'empereur le droit de l'invoquer (6).

§ 3. **Emprisonnement.** — L'emprisonnement du condamné qui n'a pas fait cession de biens est toléré par la loi (7), mais, depuis Théodose Ier, il ne peut avoir lieu dans une prison privée. Les magistrats ont seuls le droit de faire emprisonner un citoyen ; le créancier qui usurpe cette prérogative est coupable de lèse-majesté (8). Malgré la rigueur de la loi, l'emprisonnement continua à être pratiqué ; les magistrats n'osaient sévir contre les Puissants. Vainement Zénon essaya-t-il, en 486, de renouveler la loi de Théodose en menaçant de peines sévères les magistrats qui l'auraient laissé violer. Justinien en fut réduit à atténuer la peine édictée contre le créancier, espérant qu'on hésiterait moins à l'appliquer : le créancier est enfermé dans une

(1) Ulp., *D.*, XLII, 7, 2 pr.

(2) Le curateur doit jurer qu'il a vendu au mieux et sans dol. Le serment doit être prêté en présence du *defensor civitatis*, des *tabularii* qui en donnent acte, du trésorier de l'église à qui il remet le reliquat du prix s'il y a lieu (*C.*, *l. c.*, 10, 3).

(3) *Ibid.*, 10, 1 : *Detinentibus suum debitum certum faciant.* Les envoyés en possession peuvent opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* (*C.*, IV, 30, 15).

(4) *C.*, VII, 71, 7.

(5) Grat., Valent. II, *C. Th.*, IV, 20, 1 (Italie). Cette loi, qui condamne les débiteurs au supplice, n'a pas été insérée au code de Justinien.

(6) Just., *loc. cit.*, 8. Au lieu d'accepter la cession de biens, les créanciers peuvent accorder au débiteur malheureux un délai de 5 ans pendant lequel il évite la contrainte par corps.

(7) Saint Ambroise, *De Tobia*, 7, 26 ; 9, 33 ; 10.

(8) *C. Th.*, IX, 11, 1 (Egypte) ; Marc., *D.*, XLVII, 4, 3.

prison publique pendant le même temps qu'il a retenu son débiteur dans la prison privée; il est en outre déchu de son droit (1). Ces dispositions donnent une singulière idée de l'état des mœurs dans certaines provinces (2). L'impuissance de la loi à mettre un terme à des pratiques abusives est une nouvelle preuve du désordre persistant dans l'administration de l'empire.

D'après la Nov. 135, c. 1, le débiteur échappe à la contrainte par corps lorsqu'il jure sur l'évangile qu'il ne lui reste aucun bien (3). C'est le *jusjurandum manifestationis* (p. 517, 12).

CHAPITRE V

Voies de recours.

Sous la République et le Haut-Empire, il n'y a pas de voie générale de recours en cas de mal jugé. Il existe seulement certains moyens, d'une portée limitée, qui permettent d'écarter les effets d'un jugement.

§ 1er. ***In integrum restitutio***. — Le mineur de 25 ans peut demander au Préteur de tenir pour non avenus les jugements qui lui sont préjudiciables (4). Ce droit appartient aussi à ceux qui peuvent invoquer une cause de restitution consacrée par l'Édit (5). L'*in integrum restitutio* a été également autorisée par les empereurs à titre exceptionnel (6).

§ 2. ***Revocatio in duplum***. — Le défendeur condamné peut s'opposer à l'exécution du jugement pour cause de nullité (7) : poursuivi par l'action *judicati*, il nie l'existence légale du jugement (8). Il peut aussi prendre l'offensive et demander la révocation du jugement (9). En cas d'insuccès, il encourt une condamnation au double pour cause d'*infitiatio*. La *revocatio in duplum* a été maintenue au moins jusque vers la fin de l'époque classique (10). Il n'en est plus question sous Justinien.

(1) C., IX, 5, 1 et 2, et MONNIER, *Études*, II, 57.
(2) *P. Caire*, 67005. Cf. Ed. CUQ, *Rev. de philol.*, XXXV, 355.
(3) C'est à tort que MITTEIS (*Chrest.*, p. 79) rapporte à ce cas le serment par lequel un débiteur adjure le scribe public de lui donner acte de la cession de biens qu'il vient de faire. Cf. Ed. CUQ, *Mém. sur l'apokeryxis*, 1913, p. 31.
(4) ULP., *D.*, IV, 4, 7, 4; MOD., *eod.*, 29, 1; CALLISTR., 45, 1.
(5) CIC., *p. Flac.*, 21; GAIUS, *D.*, III, 3, 46, 3.
(6) HADR., *D.*, XLII, 1, 33 : corruption de témoins; ANT., VER., *eod.*, 35 : découverte de titres nouveaux s'il s'agit d'un *negotium publicum*, mais non d'un *negotium privatum*. NER., *D.*, XLIV, 2, 27. Cf. V. MAX., V, 4, 7 : *a Praetore ad consilium judicum perlata*. Pour le droit de Justinien, p. 897, 2.
(7) Manque de précision de la sentence (ULP., *D.*, XLII, 1, 59, 2, 4, 6; GORD., C., VII, 46, 3); incompétence du magistrat qui a institué le juge (PAP., *D.*, XLIX, 1, 23, 1); incapacité du juge (PAUL., *D.*, V, 1, 12, 2); absence d'un récupérateur (CELS., XLII, 1, 39); violation de la loi (MOD., XLIX, 1, 19).
(8) La *revocatio in duplum* est admise contre un jugement rendu en cas de contumace. Les causes de nullité sont ici fréquentes. ULP., *D.*, II, 12, 1; GORD., C., VII, 43, 4; PHIL., *eod.*, 5. HERM., *D.*, XLII, 1, 53, 3; MACER, *D.*, XLIX, 8, 43.
(9) CIC., *p. Flac.* 21 : *Decrevit ut, si judicatum negaret, in duplum iret*.
(10) PAUL., V, 5a, 7; *in duplum revocari*. C. GREG., X, 1. Cf. LENEL, *EP.*², 416.

§ 3. **Intercessio**. — C'est le droit attribué soit à un magistrat d'empêcher un acte, accompli par un collègue de rang égal ou inférieur, de produire ses conséquences légales, soit à un tribun de la plèbe de s'opposer aux actes d'un magistrat quelconque, le dictateur excepté. L'*intercessio* n'est admise que contre les décrets des magistrats (1). Il n'y a pas d'exemple d'*intercessio* contre la sentence d'un juge ou des centumvirs.

§ 4. **Appel**. — L'appel est, dit Ulpien, une voie de réformation qui a pour but de redresser une sentence inique ou rendue par un juge peu éclairé. Bien qu'on ne puisse être certain que le second jugement soit meilleur que le premier, il a paru nécessaire d'accorder aux plaideurs au moins la chance d'être mieux jugés (2). Mais l'appel suppose l'existence d'une hiérarchie de magistrats, la subordination du juge de première instance au juge d'appel. Cette subordination existe lorsque l'empereur délègue sa *jurisdictio* soit d'une manière permanente (3), soit pour une affaire déterminée (4). Le délégué impérial est investi d'une fonction ; il dit le droit, comme l'empereur, *extra ordinem* (5). Ses décisions sont susceptibles d'appel devant son supérieur hiérarchique ou devant l'empereur (6). Bien différente est la situation du *judex privatus* institué par le Préteur sur la demande des parties : aussi est-il fort douteux qu'on ait admis l'appel contre les sentences par lui rendues. Il est vraisemblable que l'institution de l'appel n'a reçu d'application que dans la procédure extraordinaire (7). L'usage en était fréquent au temps des Sévères.

L'appel doit être formé dans les deux ou trois jours qui suivent le prononcé du jugement ; délai bien bref si l'on songe que l'appelant qui succombe encourt une peine pécuniaire égale au tiers de la valeur du litige (8). Comme en droit moderne, l'appel est suspensif (9).

Au Bas-Empire, la voie de recours normale est celle de l'appel. Elle a reçu une portée générale depuis que les juges sont tous des fonctionnaires impériaux ou des délégués de ces fonctionnaires. En principe, on peut toujours interjeter appel de la décision d'un juge inférieur en

(1) Appel aux tribuns pour modifier la rédaction d'une formule, pour obtenir l'insertion d'une exception, pour se soustraire à la satisdation *judicatum solvi* (Cic., *p. Tull.*, 38; *Acad.*, II, 20; *p. Quint.*, 7). Appel contre l'*addictio* d'un débiteur (Liv., VI, 27), contre un décret accordant la *bonorum possessio secundum tabulas* (V. Max., VII, 7, 6). Cf. Ed. Cuq, Intercessio (*Dict. Antiq.*, III, 549). E. Lefèvre, *Rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile*, 1910.

(2) Ulp., *D.*, XLIX, 1, 1 pr.

(3) Délégations générales aux *vice sacra judicantes*, aux préfets du prétoire ou de la ville, aux gouverneurs des provinces impériales; aux commissaires extraordinaires envoyés dans certaines provinces (*judex ex delegatu cognitionum Cæsarianarum, vice sacra cognoscentes*). — Délégations spéciales aux consuls, pour les fidéicommis; au préfet de la ville, pour les contestations entre les banquiers et leurs clients, etc.

(4) Ce délégué, à la différence du *judex privatus*, peut se substituer un tiers pour connaître de l'affaire (Gord., *C.*, III, 1, 5).

(5) Pomp., *D.*, I, 2, 2, 33; Ulp., *D.*, I, 16, 7, 2.

(6) Sur un [*ju*]*dex Romæ sine* [*provocatione*], fc. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 340, 2.

(7) Cf. Merkel, *Zur Geschichte der klassischen Appellation*, 1883. p. 18; Mommsen, I, 265; Eisele. *Sav. Z.*, XV, 275. E. Perrot, *L'appel dans la procédure de l'*ordo judiciorum, 1907. Le rescrit (*D.*, *XLIX*, 1, 25) est dans *P. Oxy.*, XVII, 2104 (mutilé).

(8) Ulp., *D.*, XLIX, 4, 1, 5 et 15; Paul, V, 33, 1, 1-3 et 8.

(9) Ulp., *D.*, XLIX, 7, 1 pr., 1. — C. Proc., 457.

s'adressant à son supérieur hiérarchique. Seuls les préfets du prétoire jugent sans appel, mais on peut présenter une supplique à l'empereur pour faire reviser le jugement (1). Depuis Justinien, on ne peut, pour une même affaire, former plus de deux appels (2).

Deux restrictions ont été apportées aux règles qui précèdent : l'appel n'est pas admis avant le jugement définitif; l'appel peut être formé séance tenante et verbalement devant le magistrat qui vient de rendre le jugement, ou par écrit *(libellus appellatorius)* dans le délai de dix jours (3). Si le magistrat reçoit l'appel, il doit, dans les cinq jours, délivrer des lettres de renvoi (4); s'il le refuse, l'appelant s'adresse directement au juge d'appel, et, s'il obtient la réformation du jugement, le juge de première instance est sévèrement puni (5).

La peine encourue par l'appelant qui succombe a été aggravée par Constantin : si l'appelant est riche, deux ans de relégation et la confiscation de la moitié des biens; s'il est pauvre, deux ans de travaux forcés dans les mines. Cette pénalité excessive n'a pas été maintenue par Justinien : il a reproduit au Code un rescrit de Dioclétien qui prescrit une peine modérée (6).

L'appel à l'empereur est soumis à des règles spéciales; il n'est admis que pour les affaires d'une certaine importance (7). Au Bas-Empire, il a pris le caractère d'une consultation demandée par le magistrat dont le jugement est attaqué : on dispense ainsi l'appelant de se rendre au siège de l'Empire et on lui épargne les frais de déplacement et de séjour. Communication lui est faite du rapport du magistrat; il répond par des observations écrites; puis l'affaire est soumise au Consistoire impérial et résolue par un rescrit (8). Ce règlement fut modifié au milieu du ve siècle : Théodose II confia à une Commission composée du préfet d'Orient et du questeur du palais le soin de statuer, dans les formes ordinaires, sur les appels adressés à l'empereur. La *consultatio* n'a été maintenue que pour les appels des juges illustres et dans les affaires importantes; les autres sont renvoyés à deux délégués (9).

(1) Valent. I, *C.*, I, 19, 5 (Italie). La supplique donne lieu à une *retractatio* de l'affaire (Just., *C.*, VII, 63, 5, 5). Elle doit être formée dans le délai de [illegible] jours après le départ du préfet qui a rendu le jugement (*Nov. Th.*, 13) et l'entrée en charge de son successeur. Si le même préfet est rappelé en charge deux ou trois fois, comme le furent Menas, Jean le Cappadoce, Barsymes en Orient, Solomon en Afrique, on lui adjoint le questeur du palais comme garantie d'impartialité (*C.*, VII, 62, 35).

(2) Valent. I, *C. Th.*, XI, 36, 18; Just., *C.*, VII, 70, 1. Théodose Ier avait autorisé l'exécution provisoire du jugement rendu sur le 2e appel (*C. Th.*, XI, 38, 1).

(3) Constantin, *C.*, VII, 62, 14; *Nov.*, 23 pr., c. 1.

(4) *Litteræ dimissoriæ, apostoli* (Marc., *D.*, XLIX, 6, 1 pr.).

(5) Constantin, *C. Th.*, XI, 30, 16; Théod. II, *eod.*, 67, *C.*, VII, 62, 3, 1.

(6) Constantin, *C. Th.*, I, 5, 3; Diocl., *C.*, VII, 62, 6, 4.

(7) Just., *C.*, VII, 62, 37; cf. Ulp., *D.*, XLIX, 1, 10, 1.

(8) Constantin, *C. Th.*, XI, 30, 1; 8 pr., 11 pr.; Valent. III, *C.*, I, 14, 2.

(9) *C.*, VII, 62, 32.

NOTES COMPLÉMENTAIRES

9, 5. Cf. une inscription de Tibur du VIᵉ s. *a. C.* (LINCEI, RC., 1926, p. 268; 1927, p. 469).

12, 4. Cf. SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence*, 1926; *De la justice et du droit*, 1927.

15, 13. L'édit se termine par χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων. Gino SEGRÈ a émis l'avis (*L'editto di Caracalla*, 1925) que ces mots sont la fin d'un membre de phrase commençant par μ[ένοντος et qu'on peut restituer ainsi : μ[ένοντος [παντος γένους πολιτευμ]άτων χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων. L'exception se rapporterait, non pas aux personnes, mais aux statuts municipaux (πολιτεύματα). Caracalla aurait déclaré maintenir la distinction des cités provinciales (municipes, colonies, cités latines, cités avec ou sans *jus Italicum*, cités fédérées et libres); il n'aurait excepté que les cités pérégrines déditices ou stipendiaires qu'il se proposait de réformer. L'unification du régime des cités n'a été réalisée que plus tard. Cf. BDR., XXXII, 191; BONFANTE, *Storia*, I, 358; CAPOCCI, (*Lincei*, RC., 1925, VI, 1); BICKERMANN, *Constitutio Antoniniana* (thèse Berlin), 1926. P. MEYER (*Sav. Z.*, XLVIII, 595), juge impossible de rattacher δεδειτικίων à πολιτευμάτων.

20, 12. Le Préteur ne peut appliquer un droit nouveau à une espèce qui lui est soumise, par exemple autoriser ou refuser une formule, une restitution en entier, contrairement à l'Édit. Sinon tout citoyen a le droit, le cas échéant, de se prévaloir contre lui de cette décision. Même sanction contre tout autre magistrat ou contre son assesseur; contre un simple particulier qui aurait obtenu du Préteur un *jus iniquum* (ULP., *D.*, II, 2, 1; 3 pr.). H. LÉVY-BRUHL (MC., II, 67) voit ici une application du système archaïque du talion, mais c'est méconnaître la nature du talion et le système de la vengeance privée auquel il se rattache. Le talion consiste à infliger à autrui un dommage corporel. La vengeance privée ne peut être exercée que par la victime; elle peut être écartée par une composition pécuniaire. Ici rien de pareil. La restriction, apportée par la jurisprudence en exigeant que le délit soit consommé, ne prouve pas la survivance d'une coutume antérieure, car à Rome, même après Cicéron, la tentative est restée impunie (p. 563, 1). Cf. RABEL, *Sav. Z.*, XLVII, 480.

22, 4. D'après P. GIESSEN 40, de l'an 249, le préfet d'Égypte Appius Sabinus accorda à des héritiers légitimes la *bonorum possessio* conformément à son édit (*Sav. Z.*, XXXII, 378).

23, 9. Le droit honoraire est *viva vox juris civilis* (MARC., *D.* I, 1, 8). Cicéron (*de leg.*, III, 1, 2) appelle le magistrat *legem loquentem*. Aristote (*Eth. Nicom.*, V, 4, 7) avait dit que le juge est δίκαιον ἔμψυχον.

27, 9. Cf. Kreller, *Zur Lehre der Klassischen Juristen über das Gesetzgebung des Princeps* (*Sav. Z.*, XLI, 262).

30, 8. La question de l'affichage des rescrits a été élucidée par Wilcken, *Hermes*, 1920, LV, 1. Les rescrits en réponse à des particuliers *(subscriptiones)* étaient consignés sur un rôle spécial et affichés par courtes périodes. On en formait ensuite un rôle trimestriel. Le 1er rôle est mentionné dans *CIL.*, III, 12336 : une *subscriptio* de Gordien, portant le n° 19 du rôle du 8 avril 238, a été affichée à Rome au portique des thermes de Trajan, d'après une inscription de Scaptopara (Bulgarie), et non Scaptoparène comme l'a écrit par erreur Mommsen. Le rôle trimestriel est mentionné dans *P. Hamb.*, I, 18 : d'après ce texte, le rôle du 1er trimestre 220 contenait 160 libelles écrits sur 180 feuillets. — Les rescrits en forme de lettres *(epistolæ)*, adressés à des magistrats ou à des fonctionnaires, étaient enregistrés (*C.*, I, 23, 3 : *insinuatio*). Ils étaient affichés lorsque le destinataire en avait reçu l'ordre ou le jugeait utile.

32, 1. Cf. sur les pragmatiques, Dirksen, *Hinterl. Schr.*, II, 54.

32, 3. La Nov. 103, c. 1, n'a pas supprimé les rescrits dans les affaires civiles et criminelles : elle a défendu de donner un nouveau rescrit sur un procès pendant et qui a déjà motivé un rescrit.

33, 1. Sur le *jus Ælianum*, Wlassak, *Ber. Wien. Akad.*, 1926, p. 159.

34, 9. D'après Ebrard (*Sav. Z.*, XLV, 117), les controverses des deux écoles sont une invention des IVe et Ve siècles. Sur cette assertion singulière, cf. Riccobono, MC., II, 380.

44. Sur le *jus æquum*, Pringsheim, *Sav. Z.*, XLII, 643; Riccobono, MC., II, 289.

50, 2. De Francisci, *Vita e studi a Berito tra la fine del V e gli inizii del VI secolo*, 1912. Collinet, *Hist. de l'École de droit de Beyrouth*, 1925. Cf. sur les écoles de droit de l'Orient, Pringsheim, *Berit und Bologna*, 1921; *Sav. Z.*, XLII, 643; XLVII, 464, 4.

55, 9. Sur la persistance des coutumes locales dans les constitutions antérieures à Dioclétien, Taubenschlag, *MC.*, II, 499.

59, 5. C. Greg., 5 (au proconsul d'Afrique Julien) est du 21 mars 302. *N. Arch. des Missions*, 1913, 8, 171.

59, 7. Les lois de Julien (361-363) ont été publiées à part : Bidez et Cumont, *Juliani imperatoris epistulæ, leges, poemata, frg. varia*, 1922.

60, 6. De la 1re édition du Code, il reste dans *P. Oxy.*, XV, 217, un fragment d'un index des const. insérées aux titres I, 11 à I, 16, correspondant aux titres 1 à 11, 14 à 18 de la 2e édition. Cf. Bonfante, *BDR.*, XXXII, 1.

61, 8. En 1358, le manuscrit appartenait au chapitre de la cathédrale de Pise qui percevait une redevance *pro videndo Pandectam*. Cf. les extraits du registre publiés par Brugi (*Lincei*, RC., 1927, p. 335).

64, 6. Le recueil, appelé *Règles d'Ulpien*, n'est pas l'œuvre d'Ulpien ni l'abrégé d'une de ses œuvres. Arangio Ruiz (*BDR.*, 1927, p. 191) pense qu'il a été composé, d'après les *Inst.* de Gaius, avec des extraits de jurisconsultes postérieurs tels qu'Ulpien et Modestin. L'époque de sa rédaction se place entre 320 et 342. Une édition critique a été publiée en 1926 par Schulz.

64, 7. Un fragment d'un ms. de Gaius, antérieur à celui de Vérone, vient d'être découvert dans un papyrus publié par M. Hunt (*Oxy.*, XVII, 2103). Ce texte (IV, 57; 68-72b) qui, d'après l'écriture remonte au milieu du IIIe s., prouve que, bien avant la loi des citations (p. 53), le livre de Gaius était apprécié dans l'Orient hellénisé.

65, 1. D'après Albertario, les *Institutes* de Gaius contiennent des éléments postclassiques (*Inst. Lombardo*, LIX, 1926; LXI, 1928). C'est aussi l'avis de M. de Visscher, *RH.*, 1925, p. 214-218.

65, 5. Cf. TAUBENSCHLAG, *Sav. Z.*, XLV, 493. NALLINO (*Lincei*, RC., 1925, p. 709 et 774) conteste l'exactitude de la traduction de la version arabe par Sachau. Une nouvelle édition est préparée par Mgr DIB (*RH.*, 1925, p. 525).

66, 9. Aux livres précités, il faut joindre SCHULZ, *Einfuhrung in das Studium der Digesten*, 1916; EBRARD, *Z. vgl. Rw.*, XXXVI, 1; KUBLER, *Sav. Z.*, XLII, 515; GRADENWITZ, *Metodo per iscoprire periodi storici nel Cod. Giustinianeo* (Accad. Bologna, *Mem.*, 1925); BONFANTE, *Storia*, II, 126; RICCOBONO, *MC.*, II, 272; GUARNERI CITATI, *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel C. J.* (*BDR.*, 1923, p. 79); LENEL, *Interpolationen Jagd* (*Sav. Z.*, XLV, 17); WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, 1927, p. 23.

67, 6. Sur les découvertes récentes de papyrus, H. I. BELL, *Jl of Egyptian Archaeology*, 1922-1928, t. VIII, X, XI, XIII, XIV. L'une des plus importantes est celle d'un papyrus de Philadelphie contenant le gnomon de l'idiologue. C'est un règlement administratif, rédigé sous Auguste, complété dans la suite, pour l'application des lois caducaires. Cf. la traduction et le commentaire de Th. REINACH, *NHR.*, 1919, p. 583; 1920, p. 5.

68, 6. Les Basiliques ne nous sont pas parvenues en entier; mais on a un répertoire et un sommaire (*Cod. Vatic. gr.*, 853) des matières traitées dans chaque livre et chaque titre, avec des citations des passages parallèles (*paratitla*) contenus dans les autres titres. Ce répertoire, fort précieux pour les livres perdus, était appelé Tipucitus en raison de son objet (τί ποῦ κεῖται). On a cru autrefois que c'était le nom de l'auteur du recueil, mais l'erreur a été depuis longtemps signalée (MORTREUIL, III, 252-261). Les livres 1 à 12 ont seuls été publiés en 1914. D'après Mgr Mercati, le *Tipucitus* a été composé par un juriste, M. Patzos, à la fin du XIe siècle. Cf. NOAILLES, *MC.*, II, 170; DÖLGER, *Byz. Zeits.*, 26, 473.

70, 5. Sur les travaux antérieurs, LEICHT, *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani* (Accad. Bologna, *RC.*, VI, 23; VII, 1); GIRARD, *RH.*, 1922, p. 1.

76, 10. On a récemment proposé un autre critère fondé sur l'usage de la prose métrique au IIe siècle dans les lettres de Pline le jeune, de la prose rythmique au VIe dans les constitutions latines de Justinien. Par prose métrique on entend tout ce qui concerne l'arrangement des syllabes (longues ou brèves) d'après leur quantité (CIC., *de Or.*, III, 190; *Or.*, 168); par rythmique, tout ce qui concerne l'arrangement des syllabes (accentuées ou non) d'après l'accentuation du mot (DE GROOT, *Les Études latines*, 1926, p. 36). Il y a là, dit-on, un moyen de reconnaître chez un juriste contemporain de Pline le jeune, tel que Julien, ce qui lui appartient en propre et ce qui a été ajouté par les compilateurs (REDNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, 1925). Mais on n'a pas démontré que Julien ait fait usage de la prose métrique dans ses écrits. Cf. FRANKEL, *Sav. Z.*, XLVII, 397. SAN NICOLÒ, *Z. vgl. Rw.*, 1928, XLIII, 472.

82, 4; 91, 5. Sur les effets de la condamnation *in metallum* ou *in opus metalli*, COSTA, *Crimini e pene*, p. 95.

84, 9. Les dix cognats, qui avaient droit à la *b. p. unde X personae* (p. 133) supprimée par Justinien, étaient : le père, la mère, les grands-pères et grand'mères, le fils, la fille, les petits-fils et petites-filles, les frères et sœurs consanguins ou utérins.

87. Le grand domaine (*villa*) peut comprendre des fonds de terre d'une vaste étendue (ULP., *D.*, XXIX, 5, 1, 30 : *si forte diffusa late praedia habeat*). Cf. une inscr. de Lydie, *Sav. Z.*, XXXVI, 157 : les cultivateurs se plaignent aux Sévères des exactions commises par les *collectores*.

90, 10. Sur la nature de cet impôt qui est distinct du *tributum capitis* du

Haut Empire (p. 810, 4), Piganiol, *L'impôt de capitation sous le Bas Empire romain*, 1916.

90, 6. Sur les patronages d'agriculteurs et de *vici* aux IVe et Ve s., on consultera utilement F. Martroye, *RH.*, 1928, p. 201.

92, 1. Les empereurs ont favorisé parfois la venue des *incolæ* en leur concédant divers privilèges. C'est ce que fit Hadrien lorsqu'il fonda la cité autonome d'Antinoopolis sur la rive gauche du Nil : il fit venir des Grecs et des Gréco-Égyptiens de Ptolémaïs et autres lieux, en leur promettant le *conubium* avec les Égyptiens et l'immunité (Cf. Wilcken, P. Würtzburg, *Arch. Pap.*, 1926, VIII, 90). Claude eut vraisemblablement recours à un procédé analogue pour reconstituer la population de Volubilis, décimée par la guerre (p. 750, 2).

97, 9. Usage analogue en Égypte en 138 p. C. : *BGU.*, VII, 1564. L'affranchissement a lieu par consécration au dieu Sarapis.

98, 2. Sur l'affranchissement d'un esclave commun, Rotondi, *Ist. Lomb.*, 1917.

109, 4. Sur la table d'Héraclée, Premerstein, *Sav. Z.*, XLIII, 45.

111, 5. D'après Desserteaux (III, 128), la *c. d.* n'a pas d'effets propres. Ceux qu'on lui attribue sont la conséquence de la servitude pénale ou de la déportation, ou du changement de famille. La comparaison avec la mort a suggéré à Stéphane (p. 68, 7) l'idée de la mort civile généralisée par les glossateurs.

113, 10. La *postliminium* s'applique aussi aux choses prises par l'ennemi (*D.*, XLIX, 15, 14 pr.; 19; 20, 1), aux esclaves (*ib.*, 12, 8). Karlowa, II, 127, 404.

114, 4. D'après Lenel, *EP*3., § 31, *universitas* a été substitué par les compilateurs à *corpus* dans la rubrique de l'Edit.

115, 7. Ulp., *D.*, IV, 2, 9, 1, distingue *singularis persona* et *populus, curia, corpus* : l'une et l'autre personne peuvent *metum inferre* (p. 582). Cf. sur les curies africaines, Toutain, *Cités romaines de Tunisie*, 278.

119, 4. Marc Aurèle attribua le *jus capiendorum legatorum* au *pagus* de Dougga (N. Arch. Missions, 1913, p. 64).

119, 10. Sur la juridiction compétente, d'après les statuts des corporations privées, dans l'Égypte hellénistique, San Nicolò, *Fests. f. Swoboda*, 1927, p. 355.

125, l. 23. Cf. Schulz, *Die Lehre von erzwungenen Rechtsgeschäft* (*Sav. Z.*, XLIII, 171).

128, 3. D'après une inscription d'Ostie, il est défendu de vendre, ou de manciper *donationis causa*, à un tiers, une part d'un monument funéraire (Lincei, *Not.*, 1927, p. 431).

139, 8. D'après un papyrus du VIe s. (*Jandana*, IV, 62), une jeune fille ingénue a été donnée en gage par son frère. Cf. de Francisci, *Æg.*, I, 71.

151. Sur la différence entre le droit romain et le droit grec quant à l'extinction de la puissance paternelle, cf. Andronicus de Rhodes, Fr. *philos. græc.*, III, 417.

152, 5. Il y a des doutes sur l'époque où le consentement du fils a été exigé. Solazzi, *Arch. giur.*, 1921, p. 196.

152, 9. *P. Caire*, 67097. Éd. Cuq, *Un second papyrus byzantin sur l'apokèryxis* (Acad. Inscr., CR., 1917, p. 354). Cf. Nallino (*Lincei*, RC., 1925, p. 709); Albertoni, *L'apokèryxis*, 1928.

158, 4. Le mariage *cum manu* était en usage au temps de Paul (frg. de Berlin, Girard, *Textes*, 454), et même au IVe s. : *C. Th.*, XIII, 3, 8.

158, 7. L'effet de la promesse de mariage cesse, si le futur n'y donne pas suite, dans les deux ans lorsqu'il habite la même province (Constantin, *C. J.*, V, 1, 2), trois ans dans le cas contraire (*Bas.*, XXVIII, 1, 16).

158, 8. Cf. G. Cornil, *Die Arrha im Justinianischen Recht*, 1928 (Sav. Z., XLVIII, 62).

163, 5. Gsell, *Inscr. Alg.*, I, 3107, 3108, 3535.

164, 3. Le mariage sans écrit paraît avoir été un mariage à l'essai. Maroi, *BDR.*, XXVIII, 97; Junker, *Ber. Wiener Akad.*, 1921; Wenger, *K. V.*, 1922, p. 43.

164, 6. Castelli, *BDR.*, XXVII, 35. Plassard, *Le concubinat romain sous le Haut Empire*, 1921.

173, 7. Justinien exige pour la répudiation le consentement du père. *C.*, V, 17, 12.

175, 6. Au ve s., il dépend du père qui constitue la dot de la rendre adventice. Fr. Sinaï, 10.

178, 12. A Rome, la présomption s'appliquait même aux choses remises par la mère à sa fille en présence du mari, en dehors de la dot. Pap., *D.*, XXXIX, 5, 31, 1 = *Vat. fr.* 254.

182, 3. Ulp., *D.*, XXIV, 3, 22, 8, v^is *sin vero;* 24 pr. Au temps de Plaute, le mari qui, ayant commis une escroquerie au préjudice de sa femme, était hors d'état de lui restituer sa dot, était, en cas d'aveu, assimilé à un *judicatus*. Sa femme avait le droit de l'emmener chez elle *(domum abducere)* et de le traiter comme un insolvable (*Asin.*, 897, 937).

186, 4. D'après P. *Oxy.*, 1273, l. 27, la restitution en cas de divorce aura lieu dans les 60 jours.

195, 5. Cf. *P. Lond.* V, 1708, l. 115.

208, 9. Le 3e édit de Cyrène (l. 55-62), cité p. 926, prouve qu'au temps d'Auguste l'immunité comportait l'exemption des *munera* en général. On ne la distinguait pas encore de la *vacatio* et de l'*excusatio* : *D.*, L, 5 et 6.

223, 5. D'après Bonfante tous les textes relatifs aux intervalles lucides ont été interpolés. Justinien distingue à cet égard le fou et le dément. Pour le mariage, il distingue le fou et le *mente captus*.

225, 2. Sur l'histoire de la curatelle légitime et du décret d'interdiction, M. de Visscher a émis une conjecture (M. C., II, 541) qu'il est difficile de concilier avec les textes. La curatelle légitime était une vieille institution du droit gentilice consacrée par les Douze Tables : la mise en curatelle soumettait le prodigue à la *potestas* de ses agnats ou des *gentiles*, et par suite le dessaisissait de l'administration de ses biens. L'interdiction aurait été introduite vers le vi^e siècle de Rome par la coutume des Préteurs pour sauvegarder les intérêts du prodigue et de ses descendants. Elle fut usitée d'abord à défaut d'agnats ou lorsque le prodigue avait été institué par le testament paternel. Un décret du Préteur lui retirait le *commercium*, c'est-à-dire le droit de disposer de ses biens entre vifs, et lui nommait un curateur. Dans l'un et l'autre cas le prodigue était en outre incapable de tester : à l'époque où le testament avait lieu dans les comices, il ne pouvait prendre la parole *in populi concione*. L'incapacité fut étendue par l'interprétation des Prudents au prodigue frappé d'interdiction par le magistrat. Quant à l'idée d'établir un lien entre l'interdiction du prodigue et le principe de la conservation des biens de famille, elle a été étrangère aux Romains : l'expression *bona paterna avitaque* dans le décret d'interdiction ne désigne pas nécessairement des biens acquis *ab intestat*.

M. de Visscher reconnaît que ces assertions sont pour la plupart contredites par Ulp., *D.*, XXVII, 10, 1 pr.; *Reg.*, XII, 2-3; Paul, III, 4^a, 7. Ces textes auraient subi des remaniements « grossiers et maladroits » (p. 551) par le fait des juristes postclassiques. Sur deux points toutefois on peut contester les assertions précitées en tant qu'elles sont en opposition avec les

témoignages de Quintilien, de Cicéron et de Valère Maxime. 1° On ne peut pas prétendre que le prodigue ait été incapable de tester parce que la loi lui défendait de prendre la parole *in populi concione*. D'après Quintilien (III, 11), la loi était ainsi conçue : « *Qui bona paterna consumpserit, ne concionetur.* » Le verbe *concionari* ne peut s'appliquer à la *rogatio* du testateur aux comices calates; il signifie : haranguer le peuple, *in concione orationem habere,* dit Cicéron (*ad Her.*, I, 11) à propos d'une loi semblable relative aux citoyens condamnés pour concussion. — 2° L'idée de la conservation des biens de famille était encore très puissante au temps de Cicéron. On considérait comme un déshonneur de ne rien laisser à ses fils, de dissiper sa fortune pour satisfaire ses passions, de vendre ses terres et la maison où l'on conservait les images des ancêtres (p. 244, 4). Le lien existant entre le décret d'interdiction et la protection des biens de famille est mis en relief par un fait rapporté par Valère Maxime, III, 5, 2 : « *Pompeius prætor urbanus paternis bonis interdixit... quem ergo nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit.* » M. de Visscher pense au contraire qu'en instituant son fils le testateur a voulu simplement le rendre indépendant de la *gens,* parce qu'il le juge le plus capable et le plus digne de remplir tous ses devoirs de chef de famille, même si les biens gaspillés n'ont jamais appartenu à l'hérédité paternelle (593-595). S'il se trompe dans son appréciation, le Préteur corrigera l'erreur commise, mais la protection des biens paternels n'est pas la raison qui l'a décidé à intervenir, quoi qu'en dise Valère Maxime.

225, 8. Au lieu de *ea re*, M. Collinet propose de lire *ære* (*MC.*, I, 150).

228, 6. Sur le *curator adolescentis,* Solazzi, *Riv. Ital.*, IV, 280.

235. Le mot *patrimonium* désigna d'abord l'ensemble des droits actifs (Suet., *Aug.*, 40; V. Max., VII, 8, 2; Ulp., *D.*, IV, 2, 20 : *si in corpus patrimonii pervenit aliquid)*, des biens paternels (Cic., *p. Sylla,* 20), les immeubles (Sen., *Ben.*, I, 1). Il ne comprenait pas alors, comme le mot *familia,* les droits passifs, les dettes. L'acception large du mot était encore douteuse au milieu du IIe siècle. Ulp., *D.*, XXXVI, 1, 16 pr. en fait la remarque et cite en ce sens Volusius Mæcianus (conseiller d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle, préfet d'Égypte en 150 : *BGU.*, 613). Il s'agissait de savoir si pour faire un fidéicommis d'hérédité le mot *patrimonium* était équivalent à celui de *familia* qui comprend l'ensemble des biens et des charges héréditaires. Gaius, II, 102, fait peut être allusion à ce doute en disant, à propos du testament par mancipation, *familiam id est patrimonium,* si ces mots ne sont pas une glose, comme le croit Albertario, *Ist. Lomb.*, LXI.

235, 2. D'après M. Desserteaux (MC., I, 210), au temps de Javolenus, l'adrogeant et le mari de la femme *in manu*, bien qu'acquéreurs *per universitatem*, n'étaient pas assimilés à l'héritier (p. 680, 5); le fisc n'était pas non plus *heredis loco,* tout au moins pour les *bona damnatorum.* L'assimilation (Paul, *D.*, L, 17, 128) n'a vraisemblablement été admise pour les uns et les autres qu'après la création du bénéfice d'inventaire. Sévère et Caracalla avaient décidé pour la confiscation partielle (*C.* IX, 12, 2), Dioclétien pour la confiscation totale (*C.* VIII, 40, 20), que *successio... oneribus portionis suæ respondet.* On a peu à peu rattaché à la confiscation les effets de la *c. d. maxima* et *media*.

236. Sur la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi,* suivant qu'elles présentent un intérêt social ou individuel, v. Bonfante, *Corso*, I, 185.

241. L'histoire de la propriété foncière n'a pas été uniforme chez tous les peuples. La propriété privée apparait de bonne heure chez les uns; elle n'existe pas chez les autres. Parfois dans le même pays il se produit une régression; la propriété collective se substitue partiellement à la propriété

privée. Les tablettes babyloniennes fournissent sur ce point des renseignements précis. En principe, lorsque la nature du sol exige, pour la culture des céréales, des travaux de longue haleine, des canaux d'irrigation pour féconder la terre, des digues pour protéger les champs contre l'inondation, le cultivateur s'attache à la parcelle qu'il a rendue productive : la propriété privée se constitue. Elle existe en Chaldée 20 siècles avant notre ère, sous la 1re dynastie babylonienne. Trois siècles plus tard, lorsque les Kassites sont descendus de leurs montagnes dans les plaines fertiles de la Mésopotamie, de vastes étendues de terres, occupées par les tribus conquérantes, ont été soumises au régime de la propriété collective que pratiquaient les vainqueurs dans leur pays d'origine. Cf Édouard Cuq, *Études sur le droit babylonien* : *RH.*, XXX, 732 Sur le régime de la propriété foncière en Germanie à l'époque de César (*de B. G.*, IV, 1 ; VI, 22) et de Tacite (*Germ* , 16, 26). E. Chénon, *Hist. générale du droit français public et privé*, 1926, I, 412

En Italie également, la propriété privée a dû être de bonne heure établie dans les régions où le sol convenait à des plantations qui ne donnent de fruits qu'au bout de plusieurs années, telles que la vigne et l'olivier — Un fragment de loi grecque (*Ber. Preuss Akad.*, 1927, p 7) donne des renseignements intéressants sur l'histoire de la propriété foncière dans la Locride, au début du ve siècle *a* C La loi attribue à tout citoyen marié la jouissance d'un terrain de pacage dans un pays montagneux et boisé Elle espère que les parcelles de terre propres à la culture de la vigne et de l'olivier seront utilisées et que leurs possesseurs s'y établiront et formeront des villages. Ceux qui feront des plantations en auront la pleine propriété et n'auront pas à craindre la confiscation

247, 8. Sur les actes *ad æmulationem* (*D* , L, 10, 3 pr), Pacchioni, *Corso*, II, 319; Bonfante, *Corso*, II, 1, 398. Scialoja, *Proprietà*, I, 415

250, 5. Depuis Dioclétien, l'impôt foncier a été transformé par le système de la *jugatio capitatio* Chaque cité était portée au role pour un certain nombre de cotes (*capita*), proportionnel à son étendue (*jugum*), à sa population, à sa capacité productive et fiscale Cf F Lot, *RH* , 1925, p 5 et 177

256, 2. E Petit, *MC* , II, 209.

259, 3. D'après de Francisci (*il transferimento della proprietà*, 1914), les modes anciens d'acquérir la propriété avaient un caractère originaire et l'ont conservé à l'époque classique

262, 4 Le *jus tollendi* était accordé au mari dès le ve siècle pour les dépenses voluptuaires faites sur le fonds dotal Fr *Sinai*, 9

2[illegible]0, 1. On discute la question de savoir si l'inscription était nécessaire pour l'acquisition de la propriété à l'égard des tiers Mitteis, *Grundz* , 106; von Woess, *Untersuchungen*, 1924; Koschaker, *OLZ* , 1926, p 737

297, 6 D'après Scialoja (*Unus casus*, 1916), c'est le cas où le défendeur à la revendication d'un troupeau veut soustraire à la poursuite un certain nombre d'animaux

299, 1 et 5. Pour le droit classique, cf Astoul, *MC* , I, 111

302, 2. Les compilateurs ont omis d'effacer ce vestige du droit classique qui n'avait plus de raison d'être lorsque la condamnation put être exécutée par la force publique Cf E. Levy, *Sav Z* , XLII, 476

302, 4. Le frg d'Ulpien est interpolé, d'après Messina Vetrano (*BDR* , XX, 230) Cf Fliniaux, *RH* , 1923, p 200.

304, 6. Cf Pflüger, *Sav Z* , XLII, 419; Appleton, *Rev gén* , 1923, p 154

308, 3. Cf Brini, *Possessio di diritti e condictiones* (Accad Bologna, *Mem* , 1920).

309, 3. Cf. Donatuti, *Ist Veneto*, LXXX, 1075

327. Cf. Brugi, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* (Arch. giur., t. 25, 27, 32-34).

328, 2. On remarquera que Papinien invoque l'autorité de Sabinus pour affirmer l'importance de la volonté et des conventions dans les actes solennels (stipulation, constitution de servitude). De même Pomponius énonce la règle au livre 16 *ad Sab.* (*D.*, L, 17, 27). La doctrine de Sabinus, appuyée sur le droit honoraire, permit de donner satisfaction à la volonté des parties et aux exigences de la culture, sans que la servitude fût soumise aux restrictions du droit civil. Elle fut appliquée même aux fonds italiques. Cf. Riccobono. *TRg.*, 1922, p. 333.

330, 6. Au VI[e] siècle, le droit à l'air sur le fonds d'autrui peut être établi au profit d'une maison ou d'un étage; il procure au fonds dominant une plus-value que Justinien a frappée d'un impôt, τὸ ἀερικόν. Cf. Édouard Cuq, *Une statistique des locaux d'habitation* (Acad. Inscr., *Mém.*, 1915, XL, 297).

331, 4. Le règlement fait pour Constantinople a été généralisé par Justinien Cf. Dirksen, *Hinterl. Schr.*, II, 225.

333, 4, l. 5. Le fragment de Paul (*D.*, VII, 1, 4) est extrait du lib. 2 *ad Ed.* sur le *vadimonium*.

339, 6. *P. Oxy.*, XVII, 2089, contient un fragment d'un jurisconsulte classique sur la capacité de recevoir entre époux : la femme reçoit 1/10 en même temps que le legs de la dot. C'est une exception à l'édit *de alterutro* (p. 188, 6).

344, 5. Pour la constitution des servitudes sur les fonds italiques, Riccobono, *TRg.*, 1922, III, 133.

351, 1. Suivant Lenel, *EP.*[3], § 60, l'extension de la Publicienne aux choses incorporelles (*D.*, VI, 2, 11, 1) est due à une interpolation.

357, 3. La *consuetudo patris familias*, pour la culture des vignes, vergers et jardins, est mentionnée par Jul., *D.*, V, 3, 54, 2.

364, 2. Le débiteur est également appelé *reus*, comme l'auteur d'un délit ou d'un crime. On dit *reus promittendi* ou *voti reus*, aussi bien que *culpæ* ou *homicidii reus* (Jul., *D.*, XLV, 2, 6 pr.; Mod., *D.*, XLVIII, 3, 14, 4; Gaius, *D.*, IX, 2, 8 pr.). L'emploi de ce mot ne prouve pas que l'obligation à Rome ait eu son origine dans un délit. *Reus* a une acception générale : il se dit d'un créancier (*reus stipulandi*), aussi bien que du défendeur à un procès (Gaius, IV, 13, 133). *Reos appello*, dit Cic., *de Or.*, II, 79, *quorum res est*. Cf. Fest., v° *reus*.

369, 7. La *pactio pro libertate* est citée par Pomp. ap. Ulp., *D.*, IV, 3, 7, 8.

373, 11. Dans les contrats de bonne foi, on peut s'en rapporter, pour la détermination de l'objet, à l'arbitrage d'un honnête homme. Ulp., *D.*, XVIII, 1, 7 pr. Cf. Riccobono, *MC.*, II, 314.

384, l. 10. La division quadripartite des obligations, indiquée par Gaius dans ses « Affaires de tous les jours » (*D.*, XLIV, 7, 1 pr.), alors que dans ses *Inst.*, III, 88, il ne parle que d'une division bipartite, est-elle l'œuvre des compilateurs? C'est l'avis de Sohm (éd. Wenger, 387), Betti (*BDR.*, XXV, 65), Albertario (*Riv. dir. comm.*, XXI, 65). Riccobono pense au contraire qu'elle est classique. Il paraît difficile de soutenir que l'exigence d'un accord de volontés soit une innovation byzantine, alors que Gaius (III, 91) refuse d'admettre que le paiement de l'indû donne naissance à une obligation *ex contractu* parce que celui qui a remis l'argent a eu la volonté de *distrahere*, et non de *contrahere negotium*.

385, 2. Promesse faite à l'empereur par une cité. *CIL.*, XIV, 375. *Mél. Rome*, XXXI, 203.

387, 3. L'expression *stricti juris actio* est de Justinien (*Inst.*, IV, 6, 28).

Les classiques disaient : *judicia stricta* par opposition aux *bonæ fidei judicia*. Cf. BIONDI, *Judicia bonæ fidei*, 1920.

389, 5. La promesse de donner n'étant pas, avant Justinien, un contrat spécial, n'exige pas d'autre cause que celle de la stipulation dont elle emprunte la forme. Au contraire, pour la donation par tradition, on recherche si le *tradens* a eu la volonté de faire une libéralité. JUL., *D.*, XXXIX, 5, 1, 1; MOD., *D.*, XXXIX, 4, 18.

390, l. 20. La notion romaine de la cause diffère en principe de la notion moderne; elle s'en est cependant rapprochée dans plusieurs cas. Pour les Romains, la cause d'une obligation est le fait juridique générateur de cette obligation. C'est ainsi que l'entendent les classiques lorsqu'ils parlent des conditions d'application de l'exception de chose jugée. Dans les actions personnelles, dit Paul (p. 886, 3), la poursuite peut être renouvelée, malgré l'identité d'objet, lorsque la *causa petendi* n'est pas la même. Cette cause, que l'on appelle aussi cause de l'obligation, est le contrat qui lui a donné naissance. La différence de cause a pour effet d'écarter la règle *bis de eadem re ne sit debitum*. Cette doctrine, qui apparaît sous Trajan (NER., *D.*, XLV, 2, 27), n'a été formulée qu'un siècle plus tard.

La notion moderne de la cause n'a pas été cependant étrangère aux Romains : il y a plusieurs cas où la question *cur debetur* s'est posée comme elle le serait de nos jours. Mais dans cette nouvelle acception, la cause n'a pas été tout d'abord considérée comme une condition de validité de l'obligation. Ce fut un correctif apporté, pour une raison d'équité, aux règles anciennes sur la formation des contrats. Lorsqu'elles avaient pour résultat un enrichissement injustifié aux dépens d'autrui, la jurisprudence autorisa le promettant soit à se défendre par une exception de dol, soit à exercer une *condictio* pour obtenir sa libération. J'ai stipulé de vous une somme d'argent que je devais vous compter à titre de prêt (*tanquam credendi causa numeraturus* : GAIUS, IV, 116ᵃ). Si je ne vous l'ai pas remise, vous n'en êtes pas moins tenu *ex stipulatu* d'après le droit civil. Mais comme il serait inique de vous condamner à ce titre, on est d'accord (*placet*, dit Gaius) pour vous accorder l'exception de dol.

Le correctif apporté par la jurisprudence fut appliqué dans trois cas : 1° pour l'obligation contractée sans cause ou sur une fausse cause (JUL., *D.*, XII, 7, 3; POMP., XVIII, 1, 16 pr. : j'ai acheté ma propre chose sans le savoir), ou en vue d'un événement qui ne s'est pas réalisé, ou qui ne peut plus se réaliser (AFR., *D.*, XII, 7, 4; ULP., *eod.*, 1, 1-2); — 2° pour l'obligation fondée sur une cause illicite, telle qu'une donation entre époux (p. 520; JUL., *D.*, XXIV, 1, 39). Ici l'on accorde l'exception de dol, mais la *condictio* n'est donnée que si la cause est illicite du côté du créancier (PAUL., *D.*, XII, 5, 8); on la refuse si elle est illicite des deux côtés; — 3° pour l'obligation contraire aux bonnes mœurs (POMP., *D.*, XXIV, 3, 14, 1; PAP., XXII, 1, 5; PAUL., XLV, 1, 134 pr.). Il y a cependant des cas où le Préteur a le devoir de refuser l'action, par exemple si l'on a promis de commettre un meurtre ou un sacrilège (POMP., XLV, 1, 27). Mais il ne suffit pas que l'obligation soit contractée envers une personne peu honorable : la donation à une courtisane, lorsqu'elle est inspirée par un sentiment d'affection, ne peut être attaquée (ULP., XXXIX, 5, 5).

Les classiques ont été plus loin. Par application de la maxime *potius est non solvere quam solutum repetere* (POMP., XVI, 2, 3), ils déclarent inefficace (*inanis*, *nullius momenti*) l'obligation contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (JUL., XXIV, 1, 39; ULP., XLV, 1, 23). Papinien considérait la condition contraire aux bonnes mœurs comme ayant un objet impossible (*D.*, XXVIII, 7,

15; Diocl., C., VIII, 38, 4). Pomponius avait déjà exprimé un avis analogue pour une *maleficii societas* (*D.*, XVII, 2, 57). Est pareillement déclarée sans valeur la stipulation d'une chose hors du commerce (Gaius, III, 97; Venul., *D.*, XLV, 1, 136, 7; Paul, *eod.*, 83, 5). — Il y eut divergence pour la vente. Modestin, qui écrivait entre Caracalla et Alex. Sévère, appliquait la nouvelle doctrine : à son avis, la vente ne se forme pas (*emptio non tenet : D.*, XVIII, 1, 62, 1). Mais son contemporain Gn. Licinius Rufinus, un des élèves de Paul, dit que l'opinion générale était fixée en sens contraire; elle restait fidèle à la doctrine ancienne : la vente était valable. On était d'ailleurs d'accord pour donner à l'acheteur un recours contre le vendeur lorsqu'il avait ignoré l'obstacle légal à l'exécution du contrat : son obligation était sans cause. Mais la *condictio* fondée sur un enrichissement injustifié était ici insuffisante : il fallait indemniser l'acheteur. Or la nullité de la vente lui enlevait le moyen d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice causé; tandis que le maintien du contrat l'autorisait à exercer l'action *ex empto*. Cette conséquence ne fut pas admise au début, alors que l'action *empti* servait uniquement à assurer l'exécution du contrat. Il y avait là une lacune qui fut comblée par le Préteur dans un cas particulier : lorsqu'un fonds consacré aux dieux mânes avait été vendu comme étant dans le commerce, l'acheteur avait une action *in factum* pour obtenir réparation du préjudice (Ulp., *D.*, XI, 7, 8, 1). Cette action était donnée *quasi ex empto* pour tenir lieu de l'action *empti* qui n'était pas possible, la vente n'ayant pu se former faute d'objet. La jurisprudence aurait pu étendre l'application de l'action *in factum*, l'accorder comme une action utile dans tous les cas où la vente avait pour objet une chose hors du commerce. Elle jugea préférable de donner l'action *empti* en lui attribuant la fonction d'une action en indemnité : le juge est ici investi d'un pouvoir d'appréciation plus large (Jul., *D.*, XXI, 2, 39, 3). Modestin, tout en refusant d'admettre la validité de la vente, aboutit en pratique à un résultat analogue à celui de ses contradicteurs : il accorde l'action *empti* tout au moins en cas de dol du vendeur. Cf. *Inst.*, III, 23, 5.

C'est ainsi qu'à la fin de l'époque classique, la jurisprudence est arrivée dans plusieurs cas à faire de la cause une condition de validité des obligations. Il ne s'agit plus ici du fait générateur de l'obligation, mais du but immédiat de la promesse. C'est à une cause ainsi entendue que se réfèrent Paul (*D.*, XXIII, 3, 1 : *dotis causa perpetua est*) et Ulpien (*D.*, XIV, 6, 3, 3 : *ex causa emptionis in creditum abire*). De même lorsqu'on parle d'une dation ou d'une promesse *ob causam*, il s'agit en général d'une cause passée (*prœterita* : Pomp., *D.*, XII, 6, 52; Paul, *eod.*, 65, 2). Parfois cependant la cause se réfère à l'avenir (*ob causam quœ secuta non est* : Afr., XII, 7, 4). — Cf. sur l'histoire de la notion de cause, Lorenzen, *Causa and consideration in the Law of contracts* (*The Yale Law J*al, 1919, p. 621); Capitant, *De la cause des obligations*[3], 1927.

394, 5. Sur l'évolution de la notion des *boni mores*, cf. de Koschembahr-Lyskowski, *MC.*, II, 15. A son avis, l'acte contraire aux bonnes mœurs fut d'abord celui qui était fait en fraude de la loi (p. 128; 382, 4), puis l'acte contraire à l'honneur (p. 695, 1).

403, 7. Exemple d'une stipulation de restituer la dot à un tiers : Apulée (*de magia*, 92) avait promis de restituer la dot de Pudentilla aux enfants de son premier mari au cas où elle n'en aurait pas de son second mariage.

426, 1. Jul., *D.*, XXXII, 59. Les textes qui mentionnent une action *ex chirographo exve stipulatu* (Scæv., XLIV, 4, 17 pr.), une obligation *cautione et chirographo*, sont interpolés. Cf. Riccobono, *Sav. Z.*, XLIII, 313.

430, 1. En certaines circonstances, la loi est venue au secours des débiteurs obérés : en 667, remise d'un quart des dettes (V. Paterc., II, 23); en 705, refus de J. César d'accorder une remise générale, mais faculté de donner en paiement des immeubles acquis avant la guerre civile et dont la valeur sera fixée par des arbitres sous déduction de ce qui sera dû à titre d'intérêts (Cæs., *de B. C.*, III, 1, 2; Suet., *Cæs.*, 42; Plut., *Cæs.*, 37). — Remise d'un an de loyer aux locataires de maisons dont le loyer ne dépasse pas 2000 sesterces à Rome, 500 en Italie (Suet., *Cæs.*, 38). Le témoignage de Suétone est confirmé par un frg. des Annales de Rome (*Lincei*, *Not.*, 1921, p. 246) : *habitatio populo annua remissa*).

437, 1. Cf. Angelo Segrè, *il mutuo e il tasso d'interesse nell' Egitto greco-romano*, 1924 (Atene e Roma, V, 119).

437, 6. Cf. pour l'Égypte depuis le VIII[e] siècle *a.* C., Diod., I, 79, 2.

437, 7. Le texte de Festus fait connaître la double acception de *versura*. Ce fut d'abord, au temps de Cicéron, l'opération d'écriture usitée lorsqu'on empruntait de l'argent *(mutuam pecuniam sumere)*; ce fut ensuite celle qui avait lieu lorsqu'on empruntait pour payer une dette antérieure : en pareil cas on changeait de créancier *(creditorem vertere)*.

438, 7. Un nouvel exemple de prêt maritime a été publié par Wilcken (*Z. f. Ægyptische Sprache*, 1925, LX, 86). Le prêt est consenti pour un an, sous la garantie de cautions, à cinq commerçants associés, dont un Marseillais, un Carthaginois, un Éléate, un Thessaloniquais qui vont trafiquer sur les côtes du Somali pour en rapporter des aromates. L'acte est de l'époque ptolémaïque (II[e] s. *a.* C). Le prêt est remboursable dans un an, sous peine de payer moitié en sus.

454, 10. Ch. Appleton (*RH.*, 1926, p. 381) cite deux exemples d'une vente faite par une double stipulation. — 1° Varron (*Rr.*, II, 2, 5 et 6) rapporte une ancienne formule usitée pour la vente d'une brebis : l'acheteur promet de payer le prix et stipule du vendeur que l'animal sera livré exempt de tout vice. Mais la deuxième stipulation est ici imposée par l'édit des édiles pour garantir l'acheteur contre les vices et contre l'éviction; la première est d'usage lorsque le vendeur a intérêt à obtenir de l'acheteur un engagement strict pour le paiement du prix (p. 454, 9). — 2° Dans une note sur Labéon, Paul (*D.*, XLVI, 4, 23), supposant une vente faite *conventione*, déclare que si, avant toute exécution, une acceptilation intervient, les deux contractants seront libérés de leur obligation. On en conclut qu'ils étaient obligés *verbis*. Rien n'est moins certain, car l'acceptilation, appliquée à une obligation née d'un contrat consensuel, n'est pas nulle : elle vaut comme simple pacte (p. 623, 2).

457, 2. Cf. Albertario, *BDR.*, XXXI, 1; Solazzi, *eod.*, 51.

459, 4. Cf. R. Monier, *MC.*, II, 137.

460, 3. En cas de vente à faux poids, l'acheteur peut se faire indemniser (Ulp., *D.*, XIX, 1, 32). Un vase du Vatican représente la protestation d'un client contre un marchand d'huile. Cf. Cagnat, *Dict. Antiq.*, III, 2, 1733. Celui qui a loué des mesures que le magistrat a fait briser a ou non un recours contre le locateur suivant certaines distinctions. Ulp., *D.*, XIX, 2, 13, 8.

460, 7. La règle sur les risques est de nouveau discutée. On a soutenu qu'elle a été étrangère aux classiques, dont les textes auraient été interpolés (Haymann, *Sav. Z.*, XLI, 44; XLVIII, 314; Konstantinovitch, thèse, 1923; Huvelin, *RH.*, 1924, p. 318). Ch. Appleton (*RH.*, 1926, p. 375) a signalé les défauts d'une méthode qui, sous prétexte d'interpolation, corrige les textes pour les interpréter; mais sur le fond il s'en tient à l'explication dont on

vient de montrer le peu de solidité, celle qui suppose la vente réalisée par deux stipulations indépendantes. — Des travaux récents ont cherché la solution dans une autre voie indiquée par Rabel (*Sav. Z.*, XLII, 543), précisée par Seckel, dont l'étude a été complétée par E. Levy (*Sav. Z.*, XLVII, 117). La règle sur le *periculum emptoris* se justifierait dans une législ tion où son application était subordonnée à la perfection de la vente (Paul, *D.*, XVIII, 6, 8 pr.), et où elle a pour contre-partie la *custodia* imposée au vendeur (Ulp., *D.*, XLVII, 2, 14 pr., *i. f.*). D'autre part la question des risques ne se pose pas dans ce qu'on appelle aujourd'hui vente d'un genre : cette vente, qui à Rome oblige à *vacuam possessionem tradere* et qui a pour sanction une formule à *intentio incerta,* ne se conçoit pas pour un genre qui ne peut faire l'objet d'une obligation à moins d'être rigoureusement spécifié. Seule la stipulation peut être utilisée parce qu'elle peut avoir pour objet un transfert de propriété *(certum dare)* (Jav., *D.*, XVII, 1, 52). — Mais cette théorie était-elle observée dans la pratique? Il est permis d'en douter. D'après une tablette à la cire du musée de Leuwarden, un citoyen romain fournisseur de l'armée achète à un habitant de la Frise un bœuf dont il paie le prix d'avance et qui lui sera livré le 9 septembre, sous la garantie de deux cautions. L'acheteur renonce au droit de résiliation pour vice rédhibitoire, et à l'application du droit civil sur les soins à apporter à la garde de la chose. Cf. Édouard Cuq, *Acad. Inscr.*, CR., 1919, p. 265.

462, 1. Sur les risques dans la vente à l'essai d'une paire de bœufs, Alf., *D.*, IX, 2, 52, 3.

467, 7. Le *veterator* se distingue du *novicius,* non par la durée de ses services, mais parce qu'il est préposé *alicui ministerio*, par exemple *si liberalibus studiis eruditus sit* (Ven., *D.*, XXI, 1, 65, 2).

469, 4. C'est le seul cas où l'amende édilicienne ne profite pas au Trésor. On a cru en trouver un autre dans Plaute (*Men.*, 590), où il est question d'une *prædis datio* à l'occasion d'un procès porté devant les édiles. Il s'agit, dit-on, d'une affaire civile donnant lieu à l'action de la loi par serment (Girard, 1030, 2). Cette explication ne peut être admise : le client de Ménechme est accusé d'une série de méfaits *(facta pessuma);* l'avocat cherche par des discours entortillés à obtenir qu'un pari *(sponsio)* soit engagé sur l'existence des méfaits. Ce pari consistera à promettre de payer une somme équivalente à l'amende exigée par les édiles si les faits sont vérifiés. C'est donc une créance du Trésor qu'on veut faire garantir par un *præs.* Cf. Édouard Cuq, *Rev. des Études anciennes*, 1919, p. 249.

474, 1. Sur la question de savoir si, à l'époque classique, le transfert de la propriété de la chose vendue et livrée était subordonné au paiement du prix, Pringsheim, *der Kauf mit fremden Geld,* 1916; Georges Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats,* 1924. Cf. les observations d'Appleton, *RH* , 1928, p. 11 et 173.

478, 3. On peut louer la moitié d'une *insula.* Pomp., *D.*, XIX, 1, 6, 2.

481, 8. Le bail du fonds dotal, consenti par le mari, est opposable à la femme en cas de *relegatio dotis* (p. 188, 6). Ulp., *D.*, XXXIII, 4, 1, 15.

488, 9. On peut convenir que le transport maritime sera franc de tout risque. P. *Oxy.*, 1259.

502, 5. Cf. Meylan, *Origine et nature de l'action præscriptis verbis,* 1919.

508, 1. En qualifiant *conventa* les pactes auxquels s'applique l'édit, le Préteur a entendu les distinguer de ceux qui, d'après la loi, éteignent l'action de vol ou d'injures (p. 561, 1 ; 565, 5).

529, l. 18. Il en est de même du louage, mais non du dépôt de choses estimées. Pap., *D.*, XXIV, 1, 52 pr.

540. Sur l'histoire de la *condictio* et sur l'interpolation des textes classiques, cf NABER, *Mnemos*, XX, 180; DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im röm. Klass. Recht*, 1903-1907; MICHON, *NRH.*, 1908, p. 369; DE VISSCHER, 1923; LENEL, *EP*³, 233

545, 5. PHILIP., *C.*, IV, 32, 18.

549, 4. V. cep. Huvelin (*NRH.*, 1918, p. 73) qui invoque HADR., *D.*, XLVIII, 15, 6, 1.

551, 8. Cf BRINI, *L'abbandono nella communione* (Accad. Bologna, *RC.*, 1924, p. 40 et 132)

557, 1. Sur la transmissibilité des actions pénales et sur la fiction de la *litis contestatio* dans le droit classique et le droit de Justinien, cf RICCOBONO, *Sav. Z.*, XLVII, 75, et les observations de LENEL, XLVIII, 563

559, 3 Cf MONCEAUX, *Hist. littér. de l'Afrique chrétienne*, 1912, IV, 28, 198, 240

559, 8. Grâce à la faculté accordée à l'auteur du délit d'écarter le recours à la vengeance privée par un arrangement avec la victime, la loi n'a pas eu à distinguer entre les diverses sortes de blessures ou de contusions qui n'entraînent pas la fracture d'un os. Cf. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, 1926, p. 9, 22

562, 5. D'après Huvelin (*l. c.*), la condition de l'*animus lucri faciendi* a été introduite par les compilateurs. Albertario (*Animus furandi*, 1923) attribue aux Byzantins une seconde condition, l'*animus furandi*, mentionnée par JUL., *D.*, XLVIII, 2, 57, 3; POMP., *eod.*, 75; GAIUS, II, 50; III, 200; IV, 78. Mais ce seraient des gloses insérées dans le texte original. Il y a dans ces affirmations une exagération manifeste. Cf. GUARNERI CITATI, *BDR.*, 1924, p. 205

565, 2 Sur la perquisition *lance et licio*, JUNCKER, *Sav. Z.*, 1923, XLIII, 135; DE VISSCHER, *TRg.*, 1924, p. 192.

570, 5. Le dommage causé par force majeure (CELS. ap. ULP., *D.*, XX, 2, 41, 1), en cas de nécessité pour arrêter un incendie (*h. t.*, 49, 1), ou en cas de légitime défense (GAIUS, *eod.*, 4 pr.) n'est pas puni.

587, 6. Sur l'origine byzantine de l'action paulienne, FERRINI, *Filangieri*, 1877; COLLINET, *NHR.*, 1919, p. 187; ALBERTARIO, *Arch. giur.*, t. 86, p. 115; LENEL, EP³, 440

596, l. 18. Sur les innovations de Justinien, BIONDI, *Actiones noxales*, 1925, et la critique de LENEL, *Sav. Z.*, 1927, XLVII, 1

601, 8. Cf Nathan MATTHEWS, *The valuation of property in the Roman Law* (*Harward Law Review*, 1921, p. 227)

605, 8 Cf KÜBLER, *Sav. Z.*, XXXIX, 180; KUNKEL, *eod.*, XLV.

609, 5. Sur les effets de la demeure sous Justinien, GUARNERI CITATI, 1923

618, 1. Au IIIᵉ siècle, la stipulation novatoire peut résulter d'une déclaration écrite (p. 416, 6)

619. Les effets de la novation conditionnelle ont été étudiés par BERNOIR (*Condition*, 259-270), et récemment par VASSALLI (*BDR.*, XXVII, 225), KADEN (*Sav. Z.*, XLIV, 164), KOSCHAKER (*Fests. f. Hanausek*, 1926), et en ce qui touche la *mora* par GUARNERI CITATI (*Ann. Palermo*, 1923), BONAČEK (*eod.*, XI, 331). On a cherché à distinguer la part qui revient aux Byzantins dans la formation de la théorie qui tient compte de la volonté des parties. Les classiques accordaient, suivant les cas, l'exception de pacte ou l'exception de dol, la première lorsque les parties avaient entendu conclure une affaire (*negotium* : ULP., *D.*, II, 14, 1, 3); la deuxième dans le cas contraire. Les Byzantins ont simplifié la question en disant que, dans le second cas, il y a une convention tacite. PAUL. (*D.*, 14, 2, 1) a été interpolé.

621, 6. De même en cas de donation. ULP., *D.*, XLIV, 4, 4, 29; 7 pr. Cf. JHERING, IV, 209

624, 5. Cf. Wlassak, *Sav. Z.*, XLII, 394.

625, 5. Cf. G. Segrè, *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 1062.

629, l. **3.** On a même contesté l'existence des actions de droit strict à l'époque classique. Biondi, *BDR.*, XXXII, 61.

630, 6. On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que les compilateurs ont interpolé la plupart des textes sur la compensation. Cf. Naber, *Mnemos,* XXI et XXXVI. D'après Biondi (*La compensazione,* 1927), la compensation classique n'a de commun que le nom avec la compensation moderne. Sous Justinien seulement, elle est devenue un mode d'extinction des obligations.

633, 1. D'après Korošek (*Erbenhaftung,* 1928, p. 40), les créances et les dettes étaient strictement personnelles. Au décès du débiteur on lui refusait la sépulture : c'était un moyen indirect de contrainte pour décider les héritiers à assumer la charge des dettes du *de cujus.* Korošek écarte le témoignage de Tite-Live en disant que le fils a consenti à se *nexum dedere.* C'est le Préteur qui aurait donné aux actions un caractère patrimonial.

648, 5. Le ms. de Vérone oppose l'Italie aux *ceteræ provinciæ,* ce qui n'est pas exact au temps de Gaius (p. 649, 2). Mais le texte, à peu près illisible, a-t-il été bien déchiffré par Studemund? L'interpolation, soutenue par Albertario (*Ist. Lomb.,* 1928, LXI) n'est pas certaine.

656, l. **27.** P. Bonfante (*Scritti,* IV, 568) a précisé la différence qui sépare la corréalité romaine de la solidarité moderne. La première est une obligation unique avec pluralité de sujets; son efficacité pratique se manifeste quant à l'extinction de l'obligation : il y a des causes qui éteignent l'obligation à l'égard de tous, d'autres à l'égard d'un seul, mais il n'y a jamais d'extinction partielle. Il en est autrement en droit moderne : chacun des codébiteurs solidaires n'est en réalité obligé que pour partie; il est garant pour le surplus. Les codébiteurs solidaires sont aujourd'hui des cautions réciproques, auxquelles manque le bénéfice de discussion. Mais M. Bonfante, préoccupé du droit moderne, a négligé de rechercher la nature et la fonction du cautionnement mutuel dans les pays où il fut usité avant Papinien. C'est un point de l'histoire du droit sur lequel j'ai appelé l'attention (*MC.*, I, 57). Appuyé sur les renseignements fournis par les tablettes néo-babyloniennes provenant d'une région qui a été en relation étroite avec l'Égypte, d'abord sous les rois Perses, puis sous les dynasties fondées par deux lieutenants d'Alexandre, j'ai montré que le cautionnement mutuel n'était pas un véritable cautionnement, une garantie contre l'insolvabilité éventuelle d'un des codébiteurs; c'était un moyen de se faire payer promptement, sans avoir de retard à subir par suite de l'absence ou du décès de l'un des débiteurs. C'était un acte dénaturé, comme il y en eut à Rome (p. 38); il pouvait coexister avec un cautionnement véritable.

666, 9. L'hypothèque générale sur les biens du débiteur était usitée en Syrie, au milieu du IV[e] siècle (Mitteis, *Chrest.*, 271). Elle apparaît dans les papyrus gréco-égyptiens à la fin du V[e] siècle. Cf. Segrè, *Æg.*, IX, 51.

667, 1. A l'époque byzantine, le régime de la publicité de l'hypothèque a pris fin lors de la suppression de la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων. La sécurité qu'il procurait au créancier en empêchant pratiquement le débiteur d'aliéner, fut remplacée par une sécurité équivalente : la mise en possession de la chose. Cf. A. Segrè, *Æg.*, 1928, IX, 39, 56.

675, 5. Cf. Albertario, *Interpolazioni* in h. l. (*Ist. Lomb.*, RC., 1926).

677. La notion primitive de l'hérédité à Rome a donné lieu à diverses conjectures. A côté de celle que j'ai proposée (*L'ancien droit,* I², 122), voici celle de P. Bonfante (*Storia,* I, 159). D'après lui, l'hérédité eut d'abord pour but de transmettre l'ensemble des pouvoirs qui constituent la souveraineté

du chef de famille : pouvoir sur les personnes et sur les biens, pouvoir sur le culte domestique et sur les tombeaux, droits de patronat, etc. C'était un transfert de souveraineté et non pas seulement un transfert de patrimoine. Succéder, c'était, comme en droit public, prendre la place d'un autre dont on exerce les pouvoirs. C'est pour cela qu'on a appliqué l'idée de succession à l'adrogation et à la *manus* : l'adrogé ou la femme mariée passent sous la souveraineté de l'adrogeant ou du chef de famille. L'acquisition en bloc du patrimoine de l'adrogé ou de la femme est une conséquence de cette souveraineté. Le testament fut à l'origine la désignation de celui des fils qui paraissait le plus digne d'exercer le pouvoir souverain dans la famille au décès du père. Lorsque le testateur instituait plusieurs héritiers et que l'un d'eux venait à mourir, la souveraineté appartenait au survivant : il en était de même lorsqu'un des consuls mourait en charge, son collègue exerçait seul le pouvoir souverain. — M. Bonfante reconnait que cette conception n'a pu être entièrement exacte qu'avant les XII Tables. Mais si l'idée de souveraineté avait été conforme à la coutume des ancêtres, on s'expliquerait difficilement qu'on l'eût si vite abandonnée en autorisant l'institution d'une femme ou d'un esclave, qui ni l'une ni l'autre ne peuvent exercer la souveraineté. Or la capacité de la femme fut admise avant la loi Voconia (fin du VIe siècle, p. 691, 7), celle de l'esclave avant l'édit Rutilien du VIIe siècle (p. 727, 2). — La notion de succession a été d'ailleurs, dit Bonfante, altérée par Justinien lorsqu'il a créé la succession à titre particulier : celle-ci n'implique pas un transfert de souveraineté; Justinien la qualifie *in rem* ou *in dominium*, par opposition à la vraie succession qu'il appelle *per universitatem*.

687. Sur l'histoire du testament conjonctif réciproque, d'après *Nov.* VALENTINIEN III (21, 1) et les papyrus, *BGU.*, 448; *Oxy.*, 493, 636; *Lond.*, V, 1727. cf. DE FRANCISCI, *RH.*, 1924, p. 57.

691, 2. Sous Justinien, les fous peuvent tester dans un intervalle lucide : *C.*, VI, 22, 9; *Inst.*, II, 12, 1. Il en était de même à l'époque classique, d'après Lenel (*BDR.*, 1924), qui invoque l'Epitome de Gaius (II, 2, 3) et Paul (*Sent.*, II, 4, 5). En sens contraire, SOLAZZI, *Arch. giur.*, 1923.

693, 1. Sur l'institution de l'enfant conçu (p. 78, 1), ALBERTARIO, *BDR.*, 1923, p. 31; *Arch. giur.*, 1928.

703, 4. Acte d'ouverture d'un testament par mancipation de l'an 160 : *BGU.*, VII, 1655.

714, 7. André BOYÉ, *Essai critique sur une « crux juris »* : *D.*, V, 2, 19. Cf. P. MEYER, *Sav. Z.*, XLVIII, 591.

717, 8. Sur la succession primitive, MICHON, *RH.*, 1921, p. 115; WESTRUP, 1928 (histoire comparative).

721, 1. Cf. HAUSSOULLIER, *Une loi grecque inédite sur les successions ab intestat*, *RH.*, 1923, p. 515; Fr. CUMONT, *Syria*, IV, 38; *Rev. philol.*, 1924, p. 97; KOSCHAKER, *Sav. Z.*, XLVI, 290. D'après NALLINO, *Lincei*, *RC.*, 1925, p. 780, la classe des tantes maternelles est inexistante. L'erreur commise par les éditeurs est due à une traduction inexacte du livre syro-romain par Ferrini.

726, 4. D'après un frg. de Paul *ad Plautium*, publié par P. MEYER (*Sav. Z.*, XLII, 42; GIRARD, *Textes*[5], 454), la classe des héritiers siens a été élargie par un Sc. relatif à l'enfant né après la mort de son père. Elle a été restreinte par le Sc. Gétulicien qui exclut en certains cas la femme *in manu* sans enfant. Le texte s'occupe ensuite de la *bonorum possessio* des enfants *capite deminuti* qui ne peuvent invoquer le droit civil.

727, 5. Sur le rôle de la *cretio* à cette époque, LÉVY-BRUHL, *NRH.*, 1914, p. 153; BUCKLAND, *TRg.*, 1922, p. 139.

742, 5. D'après P. Ryland, II, 117, de l'an 269, celui qui n'a rien pris dans une succession, ou qui l'a répudiée, ou qui s'est fait autoriser par le magistrat à céder les biens héréditaires à un créancier, n'est pas tenu des dettes. Les θεῖοι νόμοι, invoquées à l'appui, sont-elles des lois impériales qui auraient consacré une coutume propre à l'Égypte, ou la loi d'Auguste sur la cession de biens et le rescrit de Marc-Aurèle?

744, 4. Le fils qui veut rendre à son père les derniers devoirs sans renoncer au bénéfice d'abstention, doit déclarer devant témoins qu'il agit *pietatis causa* (Ulp., *D.*, XI, 7, 14, 8). Cette déclaration est également nécessaire sous Justinien pour lui réserver le droit au remboursement des dépenses. Cf. Taubenschlag, *Sav. Z.*, XXXVIII, 26. Vazny (*Ann. Palermo*, 1922) pense qu'il en était de même à l'époque classique.

750, 6. A l'époque classique, le fisc est dans certains cas traité comme un héritier : pour les *caduca* (Ulp., XVII, 3), les biens vacants (Jul., *D.*, XXX, 96, 1), les *ereptoria* (Pap., *D.*, XXXIV, 9, 16, 2). Il est devenu à tous égards *heredis loco* sous Justinien.

759, 4. Cf. Astoul, *MC.*, I, 111.

761, 3. Texte interpolé, d'après Fliniaux, *RH.*, 1923, p. 200.

782, 6. D'après Lenel, *EP.* [3], § 67, les textes sont interpolés.

809, 4. Sur l'exercice du *jus gladii*, Le Blant, *Monuments antiques relatifs aux suites des affaires criminelles* (*Rev. arch.*, 1889, 1, 23; 145).

810, 4 Des renseignements nouveaux et détaillés sur l'organisation de la juridiction provinciale ont été fournis par une inscription grecque de Cyrène, contenant 4 édits d'Auguste de l'an 7/6 *a. C.*, un 5e édit et un Sénatusconsulte de l'an 4 *a. C.* (G. Oliviero, *Not. arch. del Ministero delle colonie,* 1927, IV, 13). Voici quelques-unes des innovations introduites par Auguste : 1° les Grecs de la Cyrénaïque peuvent demander un juge Grec pour leurs procès entre eux, en matière civile et dans certaines affaires criminelles (l. 64-70); 2° Auguste encourage le gouverneur à renvoyer au tribunal impérial le jugement des crimes commis par les citoyens d'une province sénatoriale (l. 40-54); 3° certains actes de concussion commis au préjudice d'un Grec de la Cyrénaïque sont déférés à une commission de cinq sénateurs (l. 90-145) : c'est une atteinte au régime des *quæstiones perpetuæ* qui peu à peu tombera en désuétude. Cf. la traduction et le commentaire de Premerstein, *Sav. Z.*, XLVIII, 419. — Autre renseignement important : les indigènes devenus citoyens romains restent tenus des liturgies dans leur cité d'origine, sauf le cas d'immunité. Cette immunité, lorsqu'elle est accordée, n'est pas absolue : elle ne s'applique qu'aux biens présents (meubles et immeubles) et aux charges actuelles (l. 55-62). A Volubilis, en l'année 44, Claude l'a limitée dans sa durée : dix ans. Cf. mon article cité p. 750, 2, et sur la date, la nouvelle inscription publiée par L. Chatelain (*Acad., CR.*, 1924, p. 77). La nature de l'immunité y est précisée : *oneribus remissis.*

827, 7. Sur l'esclave fugitif, *Z. vgl. Rw.*, XXXV, 87; P. *Oxy.*, 1643.

829, 5. Pour la distinction des interdits relatifs à une question de propriété ou de possession, cf. Biondi, *BDR.*, 1920, p. 38.

830, 5. Sur le *judicium Cascellianum*, Dirksen, *Hint. Schr.*, II, 435.

838, 9. Ter., *Phorm.*, 406 : *judicium reddere, adipisci.*

849, 1. D'après Wlassak (*Der Judikationsbefehl*, 247; *Die Klass. Prozessformel*, 11), la procédure *per concepta verba* est une procédure d'arbitrage privé, avec l'aide de l'État. Les *verba* étaient prononcés par les plaideurs, et non par le magistrat. L'aide de l'État se manifestait par le *judicium dare,* le *judicari jubere* et la surveillance du magistrat sur la procédure.

855, 6. Suivant de Visscher (*RH*., 1925, p. 191), la règle ne s'applique qu'aux actions *in jus*; la formule *in factum* contient seulement l'exposé des faits et le *judicare jubere* du Préteur. L'hypothèse est ingénieusement construite, mais contredite par Gaius, IV, 60 et 44. Cf. Lenel, EP.³, 129, 5; *Sav. Z.*, XLVIII, 1 : *juris contentio*, dans Gaius, IV, 60, est une mauvaise lecture d'une abréviation du ms.

872, 7. Sur la *denegatio actionis*, Lévy-Bruhl, *TRg.*, 1924, p. 383; J. Duquesne, *RH.*, 1925, p. 457.

880. Wlassak (*Judikationsbefehl*, 264) a signalé une erreur commise par Keller et souvent reproduite : elle consiste à parler d'une procédure *in judicio*. *Judicium* désigne, non pas le lieu où siège le juge, mais uniquement la procédure formulaire. *Judicio agere* s'oppose à *lege agere* (Gaius, I, 184; Ulp., XI, 24, 27). Le *judicium* commence lors de la *litis contestatio*, à l'exclusion de ce qui s'est passé auparavant entre les parties ou devant le magistrat. Cf. Lenel, *Sav. Z.*, XLVII, 29, qui a réfuté l'opinion contraire de Beseler (*ibid.*, XLVI, 131). Le *judicium legitimum* n'est pas une instance organisée en vertu des XII Tables : l'adjectif *legitimus* désigne une loi quelconque, même un Sc. (Ulp., *D.*, XXXVIII, 7, 2, 4).

882, 6. V. cep. Lenel, *EP.*³, § 98.

888, 4. Wlassak (*Klass. Prozessf.*, 10) fait observer que Gaius (IV, 109) exclut toute distinction entre les provinces : *si ex lege... in provinciis agatur, imperio continebitur judicium*.

889, 1. Cf. André Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, 1921.

889, 9. Sur l'auteur de l'édit *de temporibus excusationum*, cf. Gruff, *Sav. Z.*, XLII, 38, qui approuve mon explication du P. Berlin, 624.

890, 6. Cf. Collinet, *RH.*, 1924, p. 720.

900. La procédure sommaire s'applique dans certains cas où la loi estime qu'il y a intérêt à aboutir rapidement, sauf à se contenter d'une solution provisoire. Voici quelques exemples : demande d'aliments (*C. Th.*, II, 4, 6); revendication d'un immeuble contre un détenteur qui refuse de nommer son *auctor* (p. 298); action fondée sur un titre argué de faux (*C. Th.*, IX, 19, 2); affaires fiscales (*C. Th.*, X, 1, 4); procès de minime importance (*C. Th.*, II, 4, 6); interdit *quorum bonorum*, Salvien, etc. Pour les affaires de ce genre, la loi dispense d'observer les formes et les délais prescrits pour la *denuntiatio* introductive d'instance; elle réduit la durée du délai imparti au juge pour statuer; elle facilite la preuve; elle écarte les moyens dilatoires, exclut la faculté d'appel. Cf. E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, 194; Biondi, *Summatim cognoscere*, *BDR.*, 1920; Wenger, *Zivilprozessrecht*, 314.

901, 9. La cession de biens fut appliquée très tôt en Égypte. Dès l'an 5 a. C., la clause exécutoire a été mise en rapport avec la loi Julia. *BGU.*, IV, 1209. Cf. A. Segrè, *Æg.*, 1928, IX, 30.

906, 7. Sur les clauses qui rendent une obligation exécutoire contre les personnes d'après les papyrus, cf. A. Segrè, *Note sul documento esecutivo greco-egizio*, *Æg.*, 1927-1928, VIII, 293; IX, 3.

907, 3. Mitteis a cru trouver dans un papyrus (*Chrest.*, 71) la preuve que cette règle existait en Égypte dès l'an 462. Cette opinion est contredite par la Nov. 135. Justinien déclare que sa décision a été motivée par la plainte d'une personne originaire de la Mésie. Puis dans le papyrus, il n'est pas question d'un serment prêté à un scribe public, il s'agit d'une adjuration adressée à un fonctionnaire pour l'inviter à faire un acte de sa charge. Le texte dit : ἐξορκίζω τὸν δημόσιον ἀντιγραφέα, et non ὄμνυμι τῷ δημοσίῳ ἀντιγραφεῖ.

La même formule se lit dans P. MASPERO, 67097. Cf. Édouard CUQ, Acad. Inscr., *Mém.*, XXXIX, 207.

907, 10 La sentence rendue par le magistrat dans la procédure extraordinaire ne donne pas lieu à l'action *judicati*. En cas de contestation sur la validité de la sentence, on avait recours sans doute à une *cognitio*. L'action *projudicati* (*D*, II, 14, 7, 13) est vraisemblablement d'origine byzantine. Cf. LENEL, EP.³, 414, 446.

INDEX ALPHABÉTIQUE (1)

(1) Les chiffres suivis d'un point indiquent la page, ceux qui sont précédés d'une virgule indiquent la note d'une page. Les astérisques désignent les principaux renvois.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Notions générales sur le droit romain.

CHAPITRE PREMIER

NOTION ET DIVISIONS DU DROIT

CHAPITRE II

MODES DE FORMATION DU DROIT

CHAPITRE III

LOIS ROMAINES ET LOIS DES PÉRÉGRINS

CHAPITRE IV

LES DOCUMENTS JURIDIQUES

CHAPITRE V

LE DROIT ROMAIN DEPUIS JUSTINIEN JUSQU'A NOS JOURS

LIVRE PREMIER

Les personnes et la capacité juridique

CHAPITRE PREMIER

LA CAPACITÉ JURIDIQUE

CHAPITRE II

LES PERSONNES JURIDIQUES

CHAPITRE III

LES DROITS DES PERSONNES

LIVRE II

La famille

CHAPITRE PREMIER

NOTION DE LA FAMILLE

CHAPITRE II

LA PUISSANCE PATERNELLE

CHAPITRE III

LE MARIAGE

CHAPITRE IV

LA DOT

CHAPITRE V

LA DONATION « ANTE NUPTIAS ».

CHAPITRE VI

L'ADOPTION

CHAPITRE VII

LA LÉGITIMATION

CHAPITRE VIII

LES PERSONNES EN TUTELLE

CHAPITRE IX

LES PERSONNES EN CURATELLE

LIVRE III

Le patrimoine et les droits réels

CHAPITRE PREMIER

LE PATRIMOINE

CHAPITRE II

LA PROPRIÉTÉ

CHAPITRE III

LA POSSESSION

CHAPITRE IV

LES SERVITUDES

CHAPITRE V

LA SUPERFICIE

CHAPITRE VI

LE DROIT SUR L'« AGER VECTIGALIS » ET L'EMPHYTÉOSE

LIVRE IV

Les obligations

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES OBLIGATIONS

CHAPITRE II

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES CONTRATS

CHAPITRE III

CONTRATS SOLENNELS

CHAPITRE IV

CONTRATS RÉELS

CHAPITRE V

CONTRATS CONSENSUELS

CHAPITRE VI

CONTRATS INNOMMÉS

CHAPITRE VII

LES PACTES

CHAPITRE VIII

OBLIGATIONS QUASI-CONTRACTUELLES

CHAPITRE IX

LES DÉLITS

CHAPITRE X

LES OBLIGATIONS QUASI-DÉLICTUELLES

CHAPITRE XI

LES ACTIONS NOXALES

CHAPITRE XII

INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS

CHAPITRE XIII

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

CHAPITRE XIV

CESSION DES CRÉANCES

CHAPITRE XV

SURETÉS PERSONNELLES ET SURETÉS RÉELLES

LIVRE V

Les successions à cause de mort

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

CHAPITRE II

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

CHAPITRE III

SUCCESSIONS AB INTESTAT

CHAPITRE IV

ACCEPTATION ET RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS

CHAPITRE V

PARTAGE DES SUCCESSIONS ET « COLLATIO BONORUM »

CHAPITRE VI

SANCTION DU DROIT HÉRÉDITAIRE

CHAPITRE VII

LEGS, FIDÉICOMMIS, DONATIONS A CAUSE DE MORT

LIVRE VI

Les actions, l'organisation judiciaire et la procédure

CHAPITRE PREMIER

L'ORGANISATION JUDICIAIRE

CHAPITRE II

LES ACTIONS ET LES AUTRES VOIES DE DROIT

CHAPITRE III

LA PROCÉDURE

CHAPITRE IV

EXÉCUTION DES JUGEMENTS

CHAPITRE V

VOIES DE RECOURS

PARIS
TYPOGRAPHIE PLON
8, rue Garancière
1928


#10982
iques

